

# Het verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn in het dispuut omtrent de *Waldschlössenbrücke*: néén aan voldongen feiten bij blijvend natuurverlies?

**Hendrik SCHOUKENS**  
**UGent/LDR Advocaten**

## Samenvatting

De gebrekkige handhaving van het natuurbehoudsrecht vormt een oud zeer in Vlaanderen. De uitvoering van een natuurtoets bij het verlenen van vergunningen voor schadelijke projecten liet in het verleden – en soms nu ook nog – vaak te wensen over. En als het al gebeurde, kwam van de opgelegde natuurcompensatie vaak niets in huis. Ondertussen was de beoogde projectontwikkeling meestal al uitgevoerd, zodat er géén weg terug meer leek. De natuur restte niets anders dan de verliezen te incasieren. Die politiek van de voldongen feiten stootte echter onlangs op een strikt 'njet' van de Europese rechters in Luxemburg, die ook in Vlaanderen niet zonder gevolgen zal blijven. In een arrest van 14 januari 2016 stipte het Hof van Justitie aan dat zelfs wanneer toestemming is gegeven voor een project vooraleer een gebied is aangewezen als beschermd Natura 2000-gebied, de algemene verslechteringsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn alsnog van toepassing blijft. In bepaalde gevallen kan dit de lidstaat verplichten tot het uitvoeren van een *ex-post*-beoordeling, waarbij ook reeds uitgevoerde en in gebruik genomen constructies weer in vraag moeten worden gesteld.

4.	De drie antwoorden van het Hof van Justitie omtrent het verslechteringsverbod bij reeds vergunde inrichtingen	447
4.1.	<i>Ex-post</i> -beoordeling als passende maatregel bij reeds vergunde projecten?	447
4.2.	Inhoudelijke criteria bij het uitvoeren van een <i>ex-post</i> -beoordeling?	449
4.3.	Kan men rekening houden met voldongen feiten?	450
5.	De rehabilitatie van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn?	451
5.1.	Dijkbreuk...	451
5.2.	... of een logisch vervolgstuk?	453
6.	Lessen voor Vlaanderen uit het Duitse brugdispuut: voorbij de voldongen feiten?	453
6.1.	Een gerechtelijk afdwingbare rechtsplicht om nettoverlies in Natura 2000 tegen te gaan bij bestaande vergunde activiteiten en projecten	454
6.2.	De omzetting van bestaande vergunningen naar een permanente omgevingsvergunning alsnog op de wip?	456
6.3.	Naar een omvattende ingreepclausule ter implementatie van artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn?	457
6.4.	2004 als referentietoestand: historisch passief meenemen?	459
6.5.	Handhaaf het verslechteringsverbod bij de toepassing van de zoekzone	460
6.6.	Economische criteria zijn niet doorslaggevend bij een alternatievenafweging	461
7.	Besluit	462

## INHOUD

1.	Inleiding	440
2.	Het referentiekader: de systematiek van artikel 6 van de Habitatrichtlijn nader bekeken	442
2.1.	Artikel 6, lid 1: positieve instandhoudingsverplichtingen gericht op de gunstige staat van instandhouding	442
2.2.	Artikel 6, leden 2, 3 en 4: negatief geformuleerde beschermingsverplichtingen	443
3.	Van theorie naar Duitse praktijk: <i>a bridge too far</i> ?	445
3.1.	Een brug over de Elbe: naar 'brug Jihadisme'?	445
3.2.	Bouw en verdere gerechtelijke procedures: <i>Dresdner Brückenstreit</i> tot in Luxemburg!	446

## 1. Inleiding

Het zal menig jurist niet ontgaan zijn dat het belang van de EU-Habitatrichtlijn<sup>1</sup> voor de Vlaamse rechtspraktijk de voorbije jaren exponentieel is toegenomen. De toepassing van de welbekende 'habitattoets' uit artikel 6, leden 3 en 4 van de Habitatrichtlijn vormt een terugkerend aandachtspunt bij de besluitvorming omtrent nieuwe projectontwikkelingen in de context van de aangeduide Natura 2000-gebieden in Vlaanderen,

1. Richtlijn 92/43/EEG van 21 mei 1992 inzake de instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde fauna en flora, *P.B.L.* 206 van 21 mei 1992.

die zo'n 12 % van ons grondgebied omvatten.<sup>2</sup> Vlaamse paradepaardjes als de Limburgse Noordzuid-verbinding<sup>3</sup> en het Saefthinghedok<sup>4</sup> bijten voorlopig de tanden stuk op de strikte voorzorgsbenadering die speelt in de context van de habitattoets.<sup>5</sup>

Echter, waar de habitattoets voorlopig met de meeste aandacht gaat lopen als 'spelbreker', trad de voorbije jaren de algemene beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn alsmaar meer op de voorgrond. Artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn verplicht de lidstaten om passende maatregelen te treffen teneinde te voorkomen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de speciale beschermingszones zou verslechteren en er geen storende effecten zouden optreden voor de soorten waarvoor deze zones zijn aangewezen, voor zover die factoren, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn, een significant effect zouden kunnen hebben. Het gaat om een ietwat vaag omschreven non-regressieclausule die als doel heeft te vermijden dat Natura 2000-gebieden in kwaliteit achteruitgaan. In weerwil van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn, dat een natuurtoets voorschrijft die moet worden toegepast bij het goedkeuren van plannen en verlenen van vergunningen, bevat artikel 6, lid 2 géén duidelijke link met een specifiek besluitvormingsproces. Het onderstreept de kracht, maar meteen ook de zwakte van deze enigszins 'enigmatische' clausule uit het Europees natuurbehoudsrecht.

Hoewel artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn reeds in 2002 werd geïmplementeerd in het Decreet Natuurbehoud, bleek de impact ervan erg beperkt in de Vlaamse rechtspraktijk. Te beperkt, zo oordeelde ik nog in een publicatie uit 2008.<sup>6</sup> Dat het Brusselse hof van beroep in 2012 nog tot de conclusie kwam dat een bestaande motorcross alsnog zonder veel problemen kon plaatsvinden te midden van een Natura 2000-gebied, leek die conclusie alleen maar te bevestigen.<sup>7</sup> Het was lange tijd minder evident om rechters te overtuigen dat ook bestaande praktijken binnen een recent aangeduid Natura 2000-gebied in vraag kunnen worden gesteld. Ook vele overheidsinstanties verzuimden om dit verslechteringsverbod in de praktijk te handhaven. Dat heel wat gebieden zich net in een slechte staat van instandhouding bevinden omwille van de al te grote milieudrukken die gekoppeld zijn aan bestaande, vaak niet nader beoordeelde en heel wat ingrijpende activiteiten, werd daarbij al te snel veronachtzaamd.

Met de inwerkingtreding van het gewijzigde Decreet Natuurbehoud en de verdere vormgeving van het Vlaamse instandhoudingsbeleid lijkt hier langzaam verandering in te komen.<sup>8</sup> Ook bij de uitwerking van het stikstofbeleid – de zogenaamde 'Programmatische Aanpak Stikstof' (PAS) – wordt het belang van het verslechteringsverbod onderkend.<sup>9</sup> Niettemin blijven de concrete juridische implicaties van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn onduidelijk. Welke passende maatregelen dient een lidstaat te nemen ten overstaan van potentieel schadelijke activiteiten of inrichtingen die aanleiding geven tot een verslechtering? In welke mate is men verplicht rekening te houden met de economische belangen die gekoppeld zijn aan het behoud van een reeds vergunde activiteit? Moet men ook bestaande inrichtingen die in het verleden niet afdoende zijn beoordeeld opnieuw in vraag durven stellen wanneer sprake is van een blijvende verslechtering? Welke rol speelt het rechtszekerheidsbeginsel hier? En onder welke voorwaarden kunnen schadelijke activiteiten alsnog worden bestendigd in het licht van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn? Is het bijvoorbeeld mogelijk om toepassing te maken van de afwijkingsclausule uit artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn voor bestaande activiteiten die mogelijk aanleiding kunnen geven tot een bijkomende verslechtering?

Het Hof van Justitie heeft in een recent arrest van 14 januari 2016 in een Duitse zaak de kans gekregen om meer duidelijkheid te scheppen over een aantal van deze vragen.

In de *Grüne Liga Sachsen*-zaak diende het Hof aan te duiden in welke mate artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn een lidstaat verplicht tot het uitvoeren van een *ex-post*-beoordeling van een project dat reeds vergund was vooraleer een gebied was aangeduid als Natura 2000-gebied. Bijkomend diende het uit te klaren in welke mate de vaststelling dat het project – *in casu* een brug over de Elbe – reeds gebouwd én in gebruik was genomen hierbij een rol speelde. Hierbij rees de vraag of men voorbij kon gaan aan dit voldongen feit of dat men de afbraak van de brug ook minstens

2. Zie hierover onder meer: H. SCHOUKENS, "De queeste naar de heilige graal van duurzame gebiedsontwikkeling: (not) taking no for an answer?", *TROS* 2014, 5-23.  
3. RvS 29 maart 2013, nr. 223.083, vzw Natuurpunt Limburg (vernietiging); RvS 29 november 2011, nr. 216.548, vzw Natuurpunt Limburg (schorsing).  
4. RvS 3 december 2013, nr. 225.676, Orleans. Zie ook meer recent: RvS 20 november 2015, nr. 233.000, Orleans. In zijn tussenarresten van 20 juli 2015 met nummers 231.933 en 231.934 van 13 juli 2015 heeft de Raad van State aan het Hof van Justitie een prejudiciële vraag gesteld aangaande de verenigbaarheid van een nieuwe integrale planningstechniek, die inhoudt dat de Natura 2000-gebieden pas zullen worden aangesneden in functie van de bouw van het dok wanneer nieuwe natuurgebieden zijn ingericht en goed bevonden door het Instituut voor Natuur- en Bosonderzoek, met de tweede zin van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn. Tegenstanders opperen dat, ondanks de chronologie van de planning, alsnog sprake is van 'compensatie' en dat bijgevolg toepassing had moeten zijn gemaakt van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn.

5. Zie hierover meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, "Proactief natuurbeleid na Briels: *Quo vadis* artikel 6, lid 3 habitatrichtlijn", *TMR* 2014, 403-423.  
6. H. SCHOUKENS, "Het beschermingsregime voor Natura 2000-gebieden in Vlaanderen: theorie en praktijk" in N. TEESING (ed.), *Wie beschermt het Natuurbeschermingsrecht?*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 63-117.  
7. Brussel 14 februari 2012, *TMR* 2012, noot P. LEFRANC.  
8. Met het wijzigingsdecreet van 9 mei 2014, BS 7 juli 2014, heeft het Vlaamse Parlement de decretale grondslagen vastgesteld van het nieuwe Vlaamse instandhoudingsbeleid voor de Natura 2000-gebieden. Het gaat dan in de eerste plaats om de 36 speciale habitatbeschermingszones die bij besluit van 23 april 2014 definitief zijn vastgesteld door de Vlaamse Regering. Voor een verdere bespreking, zie: H. SCHOUKENS, G. VAN HOORICK & A. CLIQUET, "Het vernieuwde Natuurdecreet: a Game Changer?", *TOO* 2014, 473-513.  
9. Zie hierover meer uitgebreid: H. WOLDENDORP & H. SCHOUKENS, "De programmatische aanpak stikstof (PAS) in Nederland als inspiratiebron voor Vlaanderen: pas op de plaats of stap vooruit?", *TOO* 2015, 326-350.

als theoretische optie diende te bekijken binnen zo'n *ex-post*-beoordeling. Het mag duidelijk zijn dat de ietwat bijzondere feitelijke constellatie aan deze zaak een erg explosief randje bezorgde. Zou het Hof zover durven gaan om de afbraak van de brug voor te schrijven aan de betrokken Duitse overheden?

Ik grijp het arrest van 14 januari 2016 aan om de opbouw van artikel 6 en de specifieke rol van het verslechteringsverbod daarbij, zowel binnen het kader van EU-wetgeving als de Vlaamse implementatieregels in herinnering te brengen.<sup>10</sup> Met de uitspraak in deze zaak als uitgangspunt probeer ik vervolgens na te gaan welke lessen het Vlaamse natuurbehoudsrecht hieruit zou kunnen trekken. Vandaar dat, waar nuttig, ook steeds de doorsteek zal worden gemaakt naar de specifieke Vlaamse Natura 2000-implementatieregels.

## 2. Het referentiekader: de systematiek van artikel 6 van de Habitatrichtlijn nader bekeken

Voor de gespecialiseerde lezer lijkt een opfrissing van de systematiek waarop artikel 6 van de Habitatrichtlijn is gestoeld misschien overbodig vooraleer aanvang te nemen met de analyse van de Duitse zaak. Niettemin valt op dat specifieke clausules die vervat zitten in artikel 6 van de Habitatrichtlijn vaak door mekaar worden gehaald. Daar zijn de redelijk vage bewoordingen van artikel 6 wellicht niet vreemd aan. Artikel 6 valt in wezen uiteen in twee luiken. Het beschermingsregime voor Natura 2000-gebieden is niet alleen beperkt tot het tegengaan van negatieve invloeden, maar dient al naargelang de situatie ook positieve maatregelen voor de instandhouding te bevatten. Het betreft de zogenaamde herstelcomponent van de Habitatrichtlijn, die de voorbije jaren als maar meer op de voorgrond treedt.<sup>11</sup> Ook in Vlaanderen is dit onderscheid duidelijk aanwezig binnen de regelgeving en valt het zogenaamde 'verslechteringsverbod' nogal eens tussen twee stoelen. Het zijn vaak de habitattoets en het nieuwe instandhoudingsbeleid gericht op het

behalen van de gunstige staat van instandhouding die met alle aandacht gaan lopen.

### 2.1. Artikel 6, lid 1: positieve instandhoudingsverplichtingen gericht op de gunstige staat van instandhouding

Om de betekenis van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn goed te kunnen vatten, is het van belang de draagwijdte van artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn goed voor ogen te houden. Op grond van artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn dienen de lidstaten de nodige positieve instandhoudingsmaatregelen te treffen voor de aangeduide Natura 2000-gebieden. Hun functie is in wezen te waarborgen dat op min of meer regelmatige basis positieve stappen worden genomen om te verzekeren dat de staat van instandhouding van het betrokken gebied wordt behouden en/of hersteld. De overheid is verplicht instandhoudingsmaatregelen te nemen die beantwoorden aan de ecologische vereisten van de Vogel- en Habitatrichtlijn en de vastgestelde instandhoudingsdoelstellingen, en dit ongeacht de ruimtelijke bestemming van het gebied in kwestie.<sup>12</sup> Het kan in de praktijk gaan om behoud- en beheermaatregelen. Wanneer een gebied zich echter in een gedegradeerde toestand bevindt, kunnen ook natuurherstelmaatregelen aan de orde zijn. Dit kan bijvoorbeeld acties omvatten die erop gericht zijn de natuurlijke hydrologie van het gebied te herstellen of om de oorspronkelijke vegetatie terug te brengen (bv. heideherstel), of handelingen die een teveel aan stikstof uit een ecosysteem weghalen, zoals intensieve begrazing of plagwerkzaamheden.

Op die manier wordt ervoor gezorgd dat het betrokken gebied opnieuw zijn bijdrage kan leveren aan het bereiken van de gunstige staat van instandhouding van de betrokken habitats of soorten in de betrokken lidstaat.<sup>13</sup> Artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn gaat dan ook verder dan het behoud van het *status quo*. Het nemen van deze maatregelen wordt door het Hof van Justitie overigens gekwalificeerd als een dwingende rechtsplicht.<sup>14</sup> Hoewel de Habitatrichtlijn, in tegenstelling tot de Kaderrichtlijn Water, géén expliciete deadlines voorop stelt voor het bereiken van de zoge-

10. HvJ 14 januari 2014, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, TMR 2016...

11. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, "Requiem voor laatste wilde hamster in Vlaanderen: een juridische paradigmashift in het Antropoceen?", TOO 2016, 41-45.

12. EUROPESE COMMISSIE, *Beheer van 'Natura 2000'-gebieden. De bepalingen van artikel 6 van de habitatrichtlijn (Richtlijn 92/43/EEG)*, Luxemburg, 2000, artikel 6 van de Habitatrichtlijn, 20. Zie ook in dat verband meer uitgebreid: EUROPEAN COMMISSION, *Establishing conservation measures for Natura 2000 sites*, Brussel, 2014, beschikbaar op <http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/conservation%20measures.pdf> (consultatie 4 juni 2016).

13. Het valt bovendien op zich nog te bezien in welke mate elk Natura 2000-gebied op zich bekeken in een gunstige staat van instandhouding moet worden gebracht. De meningen hierover zijn verdeeld. De Europese Commissie lijkt in haar in voetnoot 12 aangehaalde leidraad aan te nemen dat de gunstige staat van instandhouding op netwerkniveau moet worden gemaakt. Niettemin merkt zij op dat een toets aan de eis van een gunstige staat van instandhouding ook nodig is "omdat de ecologische samenhang afhangt van de bijdrage van elk gebied". Ook Backes, Freriks en Beijen lij-

ken deze mening toegedaan in een beleidsstudie uit 2011, C. BACKES *et al.*, *Natura 2000 in Nederland. Juridische ruimte, natuurdoelen en beheerplanprocessen*, 2011, 25-26, beschikbaar op [www.pbl.nl/nieuws/persberichten/2011/nederland-loopt-risico%E2%80%99s-bij-uitvoering-natura-2000-beleid](http://www.pbl.nl/nieuws/persberichten/2011/nederland-loopt-risico%E2%80%99s-bij-uitvoering-natura-2000-beleid) (consultatie 4 juni 2016). Andere auteurs stellen dat de gunstige staat van instandhouding zowel in elk gebied als op landelijk niveau moet worden bereikt (zie bv. C.J. BASTMEIJER *et al.*, *Conceptaanwijzingsbesluiten getoetst*, Rapport Vogelbescherming, Zeist, 2008, 30). M.i. zal veel afhangen van de staat van instandhouding op nationaal of gewestelijk niveau. Indien sprake is van een gedegradeerde toestand, dan zal moeten worden gewaarborgd dat de oppervlakte en kwaliteit van de betrokken habitat niet verder afneemt. In elk van de voor het habitatype aangeduide Natura 2000-gebied zullen in dat geval de nodige herstelmaatregelen ten uitvoer moeten worden gelegd teneinde de gunstige staat van instandhouding minstens op lidstaatsniveau te behalen. In vele gevallen zal dit impliceren dat ook op gebiedsniveau de gunstige staat van instandhouding zal moeten worden bereikt.

14. HvJ 10 mei 2007, nr. 508/04, Commissie/Oostenrijk, § 76.

naamde gunstige staat van instandhouding, stelt het wel voorop dat de instandhoudingsmaatregelen in beginsel van toepassing dienen te zijn binnen de zes jaar na de aanwijzing van het gebied op de lijsten met gebieden van ‘communautaire’ belang.<sup>15</sup>

## 2.2. Artikel 6, leden 2, 3 en 4: negatief geformuleerde beschermingsverplichtingen

De voorschriften uit artikel 6, lid 2, 3 en 4 van de Habitatrichtlijn bezitten in hoofdzaak een preventieve werking. Zij moeten verhinderen dat significante schade zou worden toegebracht aan Natura 2000-gebieden. Lid 2 legt een algemene verplichting op om verslechtering of verstoring te voorkomen. De leden 3 en 4 beschrijven vervolgens de procedures die gevolgd dienen te worden ten aanzien van een plan of project dat niet direct verband houdt met, of nodig is voor, het beheer van het gebied (en dus niet wordt bestreken door lid 1), maar hiervoor wel significante gevolgen kan hebben.<sup>16</sup> Deze drie clausules tezamen beogen derhalve te voorkomen dat schade aan het gebied wordt toegebracht, dan wel (in uitzonderlijke gevallen waarin schade aanvaard moet worden wegens dwingende redenen) om die schade tot het minimum te beperken. Zij pogen volgens het Hof van Justitie in wezen eenzelfde beschermingsniveau te bereiken.<sup>17</sup>

### 2.2.1. Artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn: non-regressie clausule en de verplichting tot het nemen van passende maatregelen

Op grond van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn zijn de lidstaten verplicht om passende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in de Natura 2000-gebieden niet verslechtert en er geen storende effecten optreden voor de soorten waarvoor deze zones zijn aangewezen, voor zover deze effecten, gelet op de doelstellingen van deze richtlijn, een significant effect zouden kunnen hebben. In tegenstelling tot artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn, bevat artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn wel een duidelijke ondergrens en, in die zin, een tijds kader.

De verplichting om verdere significante verstoringen of verslechteringen te voorkomen geldt vanaf de aanduiding van een gebied als ‘gebied van communautaire belang’. Men kan er dus niet mee wachten tot wanneer de Natura 2000-gebieden definitief zijn aangewezen onder nationaal of regionaal recht. In de Vlaamse

context speelt dan ook 7 december 2004 als referentiekader. De *standstill*-verplichting is een ‘*minimum minimum*’, een vertrekpunt op weg naar het behoud of herstel van de gunstige staat van instandhouding, waarnaar artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn verder werkt.

Zoals aangegeven, gaat het om een non-regressieclausule die moet worden geïnterpreteerd als een resultaatsverplichting. Zo werd Ierland in 2002 veroordeeld door het Hof van Justitie, omdat het onvoldoende maatregelen had genomen om het probleem van de overbegrazing van een speciale beschermingszone tegen te gaan en had nagelaten maatregelen te nemen om de beschadigde habitats te herstellen.<sup>18</sup> Ook andere lidstaten werden reeds op gelijkaardige gronden veroordeeld, onder meer Italië in 2007 omdat het had nagelaten passende maatregelen te nemen om kwaliteitsverlies in een Natura 2000-gebied tegen te gaan, waarin wederrechtelijk was overgegaan tot de aanleg van een skipiste in functie van de Winterspelen van Turijn in 2006.<sup>19</sup> Het Hof van Justitie heeft eveneens benadrukt dat het voor de uitvoering van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn noodzakelijk kan zijn zowel maatregelen te nemen om externe, door de mens veroorzaakte aantastingen en verstoringen te vermijden, als maatregelen om natuurlijke ontwikkelingen af te remmen die de staat van instandhouding van de soorten en natuurlijke habitats in de speciale beschermingszones kunnen verslechteren.<sup>20</sup> Net zoals bij artikel 6, lid 1 van de Habitatrichtlijn, kunnen ook natuurherstelmaatregelen zich aandienen als ‘passende maatregelen’. In het kader van het Nederlandse PAS zet men in op natuurherstel om een verdere verslechtering door de toekomstige stikstofemissies te vermijden.<sup>21</sup> Ook in Vlaanderen lijkt dit de bedoeling.

Artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn is, in tegenstelling tot de habitattoets, niet specifiek gekoppeld aan een besluitvormingsproces. Zo hoeven lidstaten niet noodzakelijk een vergunningsplicht in te voeren, zoals bv. in Nederland gebeurd is, om verder uitvoering te geven aan het verslechteringsverbod. Wel leek het niet mogelijk om op algemene wijze bepaalde activiteiten – zoals bosbouw of recreatie – vrij te stellen van de beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn.<sup>22</sup>

Uit meer recente rechtspraak is ook reeds duidelijk geworden dat artikel 6, lid 2 de lidstaten verplicht om ook op te treden ten overstaan van bestaande activitei-

15. Zie HvJ 22 september 2011, nr. 90/10, Commissie/Spanje, § 47-57. Zie meer uitgebreid omtrent de aanwijzingsprocedure: H. SCHOUKENS & H. WOLDENDORP, ‘Sites Selection and Designation under the Habitats and Birds Directives: A Sisyphean Task’ in C.-H. BORN, A. CLIQUET, H. SCHOUKENS, D. MISONNE en G. VAN HOORICK (eds.), *The Habitats Directive in its EU Environmental Law Context: European Nature's Best Hope?*, Routledge, 2015, 31-55.

16. Zie ook: concl. Adv. Gen. SHARPSTON 22 november 2012, nr. C-258/11, Sweetman, § 45.

17. HvJ 7 september 2004, nr. C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, § 38; HvJ 13 december 2007, nr. C-418/04, Commissie/Ierland, § 263.

18. HvJ 13 juni 2002, nr. C-117/00, Commissie/Ierland, § 31-32.

19. HvJ 20 september 2007, nr. C-304/05, Commissie/Italië, § 86-90. Italië werd overigens op dezelfde dag een tweede keer op de vingers getikt: HvJ 20 september 2007, nr. C-388/05, Commissie/Italië.

20. HvJ 20 oktober 2005, nr. C-6/04, Commissie/Verenigd Koninkrijk, § 34.

21. Zie meer uitgebreid: H. WOLDENDORP & H. SCHOUKENS, ‘De programmatische aanpak stikstof (PAS) in Nederland als inspiratiebron voor Vlaanderen: pas op de plaats of stap vooruit?’, *TOO* 2015, 326-350.

22. HvJ 4 maart 2010, nr. C-241/08, Commissie/Frankrijk, § 35-36.



ten die aanleiding geven tot een verdere verslechtering of verstoring van Natura 2000-gebieden.<sup>23</sup> Ook blijkt dat artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn vereist dat alle redelijkerwijs mogelijke maatregelen moeten worden genomen om het nagestreefde resultaat te bereiken (*standstill*).<sup>24</sup> Men kan dan ook niet zomaar een gebied gaan declassificeren omdat het niet meer geschikt zou zijn voor het behalen van de instandhoudingsdoelstellingen indien die ongeschiktheid deels te wijten zou vallen aan de gebrekkige handhaving van artikel 6, leden 2 tot en met 4 van de Habitatrichtlijn.<sup>25</sup>

## 2.2.2. Artikel 6, leden 3 en 4 Habitatrichtlijn: habitattoets en ADC-test

In tegenstelling tot de autonome beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn, grijpen artikel 6, lid 3 en lid 4 van de Habitatrichtlijn (de zogenaamde ‘habitattoets’) rechtstreeks in op de besluitvormingsprocedures. De habitattoets moet in de eerste plaats nagaan of een nieuw plan of project een betekenisvolle aantasting van een Natura 2000-gebied kan impliceren. Indien een plan of project afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor een Natura 2000-gebied, zal de betrokken activiteit maar kunnen doorgaan indien een gefaseerd beoordelingstraject is doorlopen. Voor elk plan of project dat niet direct verband houdt met of nodig is voor het beheer van het gebied, maar dat afzonderlijk of in combinatie met andere plannen of projecten significante gevolgen kan hebben voor dat gebied, moet een passende beoordeling worden gemaakt van de gevolgen voor het gebied, rekening houdende met de instandhoudingsdoelstellingen voor dat gebied. Deze bijzondere natuurtoets moet verhinderen dat de beschermde natuur binnen Natura 2000-gebieden verder wordt gecompromitteerd door nieuwe projectontwikkelingen. Het is niet de bedoeling om via de natuurtoets de gunstige staat van instandhouding te bereiken in gevallen van ernstige degradatie. Het is in de eerste plaats de bedoeling om verder nettoverlies van natuurwaarden te vermijden.

Gelet op de conclusies van deze habitattoets en onder voorbehoud van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn, kan de nationale overheid slechts toestemming verlenen voor het plan of het project nadat zij de zekerheid heeft verkregen dat het de natuurlijke kenmer-

ken van het betrokken gebied niet zal aantasten en nadat zij in voorkomend geval inspraakmogelijkheden heeft geboden.<sup>26</sup>

Omtrent de habitattoets ligt er reeds – in tegenstelling tot het verslechteringsverbod – heel wat rechtspraak voor. Van belang is vooral dat het Hof van Justitie herhaaldelijk heeft geoordeeld dat regelingen waarbij bepaalde activiteiten algemeen worden uitgesloten van de beoordelingsplicht uit artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn niet door de beugel kunnen.<sup>27</sup> De notie ‘project’ wordt ruim ingevuld, zolang het gaat om fysieke ingrepen in het natuurlijk milieu.<sup>28</sup> Er speelt een strikte voorzorgsbepaling. De uitvoering van een passende beoordeling is verplicht zodra op basis van objectieve gegevens niet kan worden uitgesloten dat een plan of project geen betekenisvolle aantasting van een speciale beschermingszone impliceert.<sup>29</sup> Het Hof van Justitie is van oordeel dat voor een plan of programma slechts toestemming kan worden verleend indien de bevoegde nationale autoriteiten de zekerheid hebben verkregen dat het geen schadelijke gevolgen heeft voor de natuurlijke kenmerken van het betrokken gebied.<sup>30</sup> De instandhoudingsdoelstellingen zijn hierbij cruciaal. Voor zover deze een duidelijke hersteldoelstelling omvatten, kan ook de continuering van bestaande activiteiten – voor zover zij verantwoordelijk zijn voor een verdere achteruitgang – moeilijk liggen.

In tegenstelling tot artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn schrijft lid 3 een expliciete beoordelingsverplichting voor. Een passende beoordeling houdt in dat op basis van de beste wetenschappelijke kennis ter zake, alle aspecten van het plan of het project die op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van een speciale beschermingszone in gevaar kunnen brengen, moeten worden geïnventariseerd.<sup>31</sup> De passende beoordeling dient bijgevolg alle nodige gegevens te bevatten om de overheden die over het plan of project moeten adviseren en beslissen, toe te laten dit met volle kennis van zaken te doen. Een passende beoordeling moet vertrekken van actuele gegevens.<sup>32</sup> Er dient evenzeer rekening te worden gehouden met de cumulatieve effecten van het beoogde plan of project in samenhang met eerder reeds vergunde of vastgestelde plannen of programma’s.<sup>33</sup> Verder is ondertussen duidelijk geworden dat natuurherstelmaatregelen die niet direct schade aan beschermde natuur kunnen voorkomen of verhin-

23. Zie bv. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 124 en 125 en HvJ 14 januari 2010, nr. 226/08, § 43. Meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, “De recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Habitatrichtlijn: enkele nuttige lessen voor de toepassing van Natura 2000 in Vlaanderen”, *TMR* 2011, 511-514.

24. HvJ 3 april 2014, nr. C-301/12, Cascina Tre Pini ss, § 32-36.

25. *Ibid.*

26. Artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn.

27. Zie bv: HvJ 10 januari 2006, C-98/03, Commissie/Duitsland, § 39-45; HvJ 4 maart 2010, nr. C- 241/08, Commissie/Frankrijk, § 40-56.

28. Ook baggerwerken kwalificeren als ‘project’. Zie HvJ 14 januari 2010, nr. C-228/06, Stadt Papenburg, § 38-39.

29. HvJ 7 september 2004, C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, § 45.

30. HvJ 7 september 2004, nr. C-127/02, Landelijke Vereniging voor het Behoud van de Waddenzee, § 56.

31. RvS 13 augustus 2010, nr. 206.911, Gemeente Borsbeek; RvS 24 februari 2011, nr. 211.533, vzw Milieufrent Omer Wattez.

32. HvJ 11 september 2012, nr. C-43/10, Nomarchiaki Aftodioikisi Aitolakarnanias, § 115 en 117; Zie ook reeds HvJ 20 september 2007, nr. C-304/05, Commissie/Italië, § 63 en 67; Zie ook in die zin RvS 24 februari 2011, nr. 211.533, vzw Milieufrent Omer Wattez.

33. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 80.

deren niet kunnen kwalificeren als mitigerende maatregel in de context van een passende beoordeling.<sup>34</sup>

Artikel 6, lid 2 bevat op zich géén afwijkingsclausule. In de context van de habitattoets is daarin wel expliciet voorzien. Indien een plan, ondanks een negatieve beoordeling van de gevolgen voor het gebied, bij ontstentenis van alternatieve oplossingen, om dwingende redenen van groot openbaar belang, met inbegrip van redenen van sociale of economische aard, toch moet worden uitgevoerd, neemt de lidstaat alle nodige compenserende maatregelen om te waarborgen dat de algehele samenhang van Natura 2000 bewaard blijft.<sup>35</sup> Deze afwijkingsprocedure zit vervat in artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn. Het betreft een uitzonderlijke procedure, in het kader waarvan het verlies van het Natura 2000-gebied zorgvuldig moet worden afgewogen tegen de in het spel zijnde andere grote openbare belangen. Werken met het oog op de vestiging of de uitbreiding van een onderneming vervullen die voorwaarden in beginsel slechts in uitzonderlijke omstandigheden. De strikte voorwaarden maken dat de procedure nog slechts zelden wordt gebruikt in Vlaanderen. Nochtans blijkt uit de adviespraktijk van de Europese Commissie dat het voorwaardenkader niet onoverkomelijk is voor grote infrastructuurprojecten.<sup>36</sup>

## 3. Van theorie naar Duitse praktijk: *a bridge too far?*

Nu de systematiek en inhoud van artikel 6 van de Habitatrictlijn en de specifieke rol van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn als non-regressieclausule helder zijn, schets ik de feitelijke achtergrond van de *Grüne Liga Sachsen eV*-casus, die uiteindelijk aanleiding heeft gegeven tot het arrest van 14 januari 2016. De Duitse case heeft betrekking op een grootschalig infrastructuurproject, met name de aanleg van de zogenaamde *Waldschlössenbrücke* in Dresden. Met de recente perikelen inzake de Oosterweelverbinding, het Saeftinghedok en de Noord-zuidverbinding in het achterhoofd is het nuttig te kijken hoe in Duitsland wordt omgesprongen met de beschermingsvereisten voor Natura 2000 bij projectontwikkelingen. Wat de Duitse zaak echter zo interessant maakt, is dat de brug uiteindelijk wel is gebouwd. Nochtans zijn hierdoor niet alle juridische problemen van de baan. Met name het verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn bleek alsnog een onverwachte juridische angel te bezitten en als een dreigend ‘zwaard van Damocles’ boven de reeds in gebruik genomen brug te hangen.

## 3.1. Een brug over de Elbe: naar ‘brug Jihadisme’?

Het langdurige besluitvormingstraject dat aan de uiteindelijke bouw van de brug in Dresden voorafging, toont aan dat ook buiten Vlaanderen ruimtelijke projectontwikkeling heel wat voeten in de aarde kan hebben.<sup>37</sup> De bouwplannen op die locatie gaan al meer dan een eeuw terug. (!). Financiële of esthetische overwegingen gooiden echter steeds roet in het eten. Dat Dresden – ondanks de verwoestingen uit WO II – bekendstaat als een van de mooiste steden uit Midden-Europa is hier ook niet vreemd aan.

In 1996 gaf de gemeenteraad van Dresden uiteindelijk zijn definitieve toestemming voor de bouw van de brug. De verdere voorbereiding van de benodigde vergunningen nam een bijkomende acht jaar in beslag. In 2005 werd uiteindelijk een referendum georganiseerd om na te gaan of de bevolking van Dresden akkoord ging met de bouw van de brug. De bouw van de brug bleef immers, ondanks de lange voorgeschiedenis, erg controversieel. De Elbevallei was, samen de binnenstad van Dresden, aangeduid als UNESCO-werelderfgoed. Er werd gevreesd dat met de bouw van de brug het gebied alsnog van de lijst met UNESCO-werelderfgoed zou verdwijnen. Bij UNESCO vielen al snel heel wat kritische geluiden te horen. Men dreigde ermee het UNESCO-statuut in te trekken als men de brug alsnog zou bouwen.

In 2006 werd de vallei evenzeer aangeduid als een Natura 2000-gebied, maar dit punt bleek niet meteen het grootste struikelblok te zijn nu het vergunningsbesluit om de brug te bouwen reeds in 2004 was genomen. Het vergunningsbesluit was gestoeld op een onderzoek naar de gevolgen van de bouw en exploitatie van de brug op de natuurwaarden in het Elbedal. Het betrof echter een voorlopige beoordeling van de risico's die in géén geval kon doorgaan voor een doorgedreven effectenonderzoek. Enkele natuurorganisaties opperden dat, gelet op het kwetsbare karakter van de aanwezige natuurwaarden, beter voor een ondertunneling zou worden geopteerd.

Zo ontspon zich een discussie die enige vergelijkingspunten bezit met de eertijdse meningsverschillen omtrent de Oosterweelverbinding. Voor- en tegenstanders zaten mekaar in de haren. Een tunnelalternatief werd op de voorgrond geplaatst door de tegenstanders van de brug. Voorstanders van de brug schilderden het af als een onhaalbaar en al te kostelijk alternatief, dat ook tot schade aan de natuur zou leiden. De toon van het debat verscherpte. Op een bepaald moment stelde de minister van Justitie van de deelstaat Saksen Vrij-

34. Zie vn. 3. Zie ook: HvJ 15 mei 2014, nr. C-521/12, Briels, § 32.

35. Art. 6, lid 4 Habitatrictlijn.

36. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, “Proactief natuurbeleid na Briels: Quo vadis artikel 6, lid 3 habitatrictlijn”, *TMR* 2014, 403-423.

37. Voor een uitgebreid overzicht van de opeenvolgende episodes uit de *Dresdner Brückenstreit*, zie: [https://de.wikipedia.org/wiki/Dresdner\\_Br%C3%BCckenstreit#zum\\_E2.80.9EBr.C3.BCcken-Dschihadismus.E2.80.9C](https://de.wikipedia.org/wiki/Dresdner_Br%C3%BCckenstreit#zum_E2.80.9EBr.C3.BCcken-Dschihadismus.E2.80.9C) (consultatie 4 juni 2016).

staat dat er sprake was van ‘*Brücken-Dschihadismus*’, waarbij de link gelegd werd tussen straatcriminaliteit en sabotagepogingen en de tegenstanders van de brug. Vanuit groene kant werd daarbij gesteld dat “Wer Andersdenkende mit den Attentätern des 11. Septembers vergleicht, muss sich eine gestörte Wahrnehmung vorwerfen lassen”. Ook hier onttaarde een ruimtelijk besluitvormingstraject in een statische stellingenoorlog, met nog weinig ruimte voor redelijke argumenten. De continue verwijzing naar de esthetische impact van de brug op het valleigebied en de steun die de tegenstanders van de brug genoten onder de ‘culturele elite’, deed sommige politici besluiten dat sprake was van een ‘*totalitären Eliten*’, die geen rekening wenste te houden met de stem van het gewone volk.

Uiteindelijk verklaarde een meerderheid van de inwoners van de stad de Dresden zich akkoord met de bouw van de brug. Het vooruitzicht van een ‘*delisting*’ als UNESCO-werelderfgoed, deed het stadsbestuur echter op zijn plannen terugkomen. Men wou de uitslag van het referendum alsnog naast zich neerleggen met verwijzing naar de internationale verplichtingen die vanuit het Werelderfgoedverdrag op Duitsland en Dresden rusten. Deze eerste ‘bouwstop’ werd door de Duitse deelstaatregering van Saksen Vrijstaat in rechte bestreden, temeer nu zij zich als deelstaat niet gebonden achtte door het Werelderfgoedverdrag. Dit argument werd in eerste aanleg verworpen. Het Saksische *Oberverwaltungsgericht* oordeelde uiteindelijk in het voordeel van de brug en besloot dat het verdrag géén onwrikbare juridische kracht bezat en aldus voorrang diende te worden gegeven aan de uitslag van het referendum. Verdere beroepen werden verworpen. Hiermee verdween het Werelderfgoedverdrag uit het vizier als belangrijk juridisch obstakel. Het UNESCO-comité besloot daarop in 2009 het Elbedal alsnog officieel te schrappen van de lijst met Werelderfgoed. Een blamage voor Duitsland aangezien het slechts eenmaal eerder was voorgevallen dat een site van de lijst met Werelderfgoed was geschrapt.

## 3.2. Bouw en verdere gerechtelijke procedures: *Dresdner Brückenstreit* tot in Luxemburg!

Maar ook de beschermde natuurwaarden in het Elbedal zorgden voor de nodige juridische kopbrekens. Het gebied was, zoals gezegd, in 2004 reeds op de lijst met gebieden van communautair belang door de Europese Commissie geplaatst. Het stond in de sterren geschreven dat de Habitatrichtlijn de rol van het Werelderfgoedverdrag zou overnemen als potentieel juridisch breekijzer tegen de *Waldschlössenbrücke* over de Elbe. Het oorspronkelijke besluit uit 2004 was aangevochten voor de administratieve rechter door *Grüne Liga Sachsen*. Deze natuurvereniging meende dat door de

bouw van de brug heel wat waardevolle schrale hooilanden zouden teloorgaan. De bouw van de brug zou ook leiden tot bijkomende versnippering en stikstofdepositie. Dit beroep tot nietigverklaring bezat echter géén schorsende werking. Parallel was ook nog een kortgedingprocedure ingeleid, teneinde de aanvang van de werken te verhinderen.<sup>38</sup>

In 2007 besloot de administratieve rechtbank de opstart van de werken alsnog te verhinderen door een ‘*Baustop*’ af te kondigen ter bescherming van de kleine hoefijzerneus, een strikt beschermde vleermuissoort onder de Habitatrichtlijn die aan de oevers van de Elbe nog voorkwam. De rechter legde de betrokken overheden op om bijkomende maatregelen te nemen ter bescherming van deze bedreigde vleermuis, waarvan er slechts een 650-tal in Duitsland overbleven.

Uiteindelijk werd de bouwstop in november 2007 opgeheven, onder meer omdat er snelheidsbeperkingen van kracht zouden worden op de brug tussen april en oktober die het collusierisico zouden inperken. De aanplant van struiken zou alternatieve vliegroutes aan de vleermuissoorten bieden. De overige verstoringseffecten zouden nog kunnen worden aangepast tijdens de verdere bouw van de brug, onder meer door te voorzien in een aangepaste verlichting. Het verzoek tot kortgeding dat was ingediend door *Grüne Liga Sachsen* werd definitief afgewezen. De bouwwerkzaamheden voor de brug startten dezelfde maand.

Om verdere juridische problemen te vermijden, besloot men in 2008 het vergunningsbesluit alsnog opnieuw te beoordelen, teneinde na te gaan of er sprake kon zijn van significante effecten in het licht van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn. Omdat men dit risico op negatieve effecten niet kon uitsluiten, besloot men alsnog toepassing te maken van de afwijkingsprocedure uit artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn (zie *supra*). Bijkomende mitigerende en compenserende maatregelen werden opgelegd, waaronder onder meer de herinrichting van de habitats, waaronder schrale hooigraslanden en slikken en schorren, die verloren zijn gegaan ten gevolge van de bouw van de brug.

*Grüne Liga Sachsen* zette de juridische strijd echter verder. Bij arrest van 15 december 2011 had het Saksische *Oberverwaltungsgericht* het op 15 april 2004 ingestelde beroep tot vernietiging van het oorspronkelijke vergunningsbesluit alsnog verworpen. Hiertegen ging de vereniging in beroep bij het *Bundesverwaltungsgericht*, de hoogste bestuursrechter in Duitsland. De bouw van de brug zelf was in 2013 voltooid. In hetzelfde jaar werd de brug voor het verkeer geopend.

Het *Bundesverwaltungsgericht* besloot uiteindelijk enkele prejudiciële vragen te richten aan het Hof van

38. De voorafgaande gerechtelijke procedures worden ook opgesomd in het arrest van 14 januari 2016.

Justitie omtrent de specifieke toepassing van artikel 6 van de Habitatrichtlijn op het verleende vergunningsbesluit uit 2004 en de aanvullende procedure uit 2008. De discussie focuste zich op de beoordelingen die vooraf zijn gegaan aan beide besluiten. Meer in het bijzonder rees de vraag welke inhoudelijke criteria in acht dienden te worden genomen bij de *ex-post*-beoordeling uit 2008.

Het was niet helder in welke mate zo'n *ex-post*-beoordeling de ecologische toestand van het gebied bij de opname ervan als gebied van communautair belang als uitgangspunt kon nemen of alsnog rekening diende te worden gehouden met de ondertussen toegestane schadelijke ingrepen. Tot slot was onduidelijk in welke mate de vaststelling dat de brug gebouwd mocht worden naar Duits recht (en ondertussen ook gebouwd is) een doorslaggevende rol kan spelen bij de uitvoering van zo'n *ex-post*-beoordeling. De natuurverenging was van oordeel dat beide beoordelingen niet voldeden aan de voorschriften uit artikel 6 van de Habitatrichtlijn en bijgevolg het besluitvormingsproces onwettig was.

## 4. De drie antwoorden van het Hof van Justitie omtrent het verslechteringsverbod bij reeds vergunde inrichtingen

Waar de focus van de aanvankelijke gerechtelijke procedures tegen het vergunningsbesluit zich richtten op de specifieke toepassing van de habitattoets (artikel 6, lid 3) spitste de procedure bij het *Bundesverwaltungsgericht* zich toe op de toepassing van het verslechteringsverbod (artikel 6, lid 2). De brug was immers, zoals gezegd in tussentijd gebouwd. Op het moment van de tweede beoordeling in 2008 kon de bouw van de brug niet verder worden verhinderd. Het bestemmingsplan was naar Duits recht onmiddellijk uitvoerbaar en de kortgedingprocedure was ondertussen definitief afgewezen.

Het *Bundesverwaltungsgericht* achtte het noodzakelijk om het Hof van Justitie te ondervragen omtrent de specifieke juridische implicaties van het verslechteringsverbod op een project, dat reeds vergund was vooraleer het gebied was aangeduid als gebied van communautair belang in 2004. De vraag rees of het verslechteringsverbod de Duitse vergunningverleende overheid verplichtte om alsnog een *ex-post*-beoordeling uit te voeren voor een reeds vergund (en in uitvoering zijnde) project en, zo ja, welke inhoudelijke randvoorwaarden daarbij speelden. Een en ander is van belang bij de beoordeling van de wettigheid van

het initiële vergunningsbesluit uit 2004 en de daarmee samenhangende *ex-post*-beoordeling en herziening die in 2008 hadden plaatsgevonden.

Hierna geef ik de antwoorden van het Hof van Justitie op systematische wijze weer.

### 4.1. *Ex-post*-beoordeling als passende maatregel bij reeds vergunde projecten?

Uit de hoger uitgevoerde analyse kwam reeds naar voren dat het verslechteringsverbod van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn, als algemene en permanente beschermingsverplichting, van toepassing wordt zodra een gebied op de lijst met gebieden van communautair belang is geplaatst. Vertaald naar de Duitse casus betekent dit dat vanaf 7 december 2004 de Duitse overheden verplicht waren om passende maatregelen te treffen om ervoor te zorgen dat de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten niet verslechtert en er geen storende factoren optreden voor de soorten waarvoor de zones zijn aangewezen voor zover die factoren, gelet op de instandhoudingsdoelstellingen, een significant effect zouden kunnen hebben.

Echter, ook vóór de aanduiding van het gebied in 2004 rustte er een zekere beschermingsverplichting op de Duitse overheid. Bij het verlenen van de toestemming voor de bouw van de brug in 2004 gold het beschermingsregime uit artikel 6, leden 2 tot en met 4 van de Habitatrichtlijn dan wel niet, niettemin kon de Duitse overheid géén ingrepen toestaan die de ecologische kenmerken van dat gebied ernstig kunnen of konden aantasten.<sup>39</sup>

Het voorgaande neemt niet weg dat nog steeds strikt moet worden toegezien op de uitvoering van reeds verleende vergunningen, zelfs wanneer het economische exploitaties betreft die vergund zijn voordat de beschermingsregels inzake gebiedsbescherming van toepassing werden. Dit volgde reeds uit de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder de *Stadt Papenburg*-zaak.<sup>40</sup> In de Spaanse *bruine beren*-zaak bracht dit het Hof uiteindelijk ertoe Spanje te veroordelen omdat het onvoldoende maatregelen had genomen om de verstorende effecten die veroorzaakt worden door de bestaande mijnbouwactiviteiten tegen te gaan of te milderen. Deze activiteiten zouden interfereren met de aanwezige beschermde bruine beren in de betrokken Natura 2000-gebieden.<sup>41</sup> In een arrest uit 2005 stipte het Hof van Justitie overigens reeds aan dat, hoewel er géén *ex-post*-beoordelingsverplichting uit artikel 6, lid 3 voortvloeit, de permanente toepassing van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn

39. Dit vloeit voort uit de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie, waarin het verduidelijkt dat de lidstaten na de aanmelding van een gebied bij de Europese Commissie geen ingrepen mogen toestaan die op basis van bedoelde criteria vastgestelde ecologische kenmerken van een dergelijk gebied ernstig kunnen aantasten. Zie: HvJ 13 januari 2005, nr. C-117/03, *So-*

*cieta Italian Dragaggi SpA*, § 29; HvJ 14 september 2006, nr. C-244/05, *Bund Naturschutz in Bayern eV*, § 46. Voor een voorbeeld uit de nationale rechtspraak, zie bv. RvS 7 april 2011, nr. 212.542, *De Muynck*.

40. HvJ 14 januari 2010, nr. C-228/06, *Stadt Papenburg*, § 48 en 49.

41. *Ibid.*, § 156 e.v.



niet uitsluit dat bij een controle achteraf alsnog de gevolgen van bestaande plannen of projecten worden beoordeeld in het licht van de ecologische kenmerken van het beschermd gebied.<sup>42</sup>

Met deze rechtspraak in het achterhoofd, kwam het Hof van Justitie in zijn arrest van 14 januari 2016 al snel tot het besluit dat de uitvoering van de brug, die gebouwd werd tussen 2007 en 2013 en vergund was in 2004 (voordat het beschermingsregime van toepassing werd), alsnog onder de beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn viel. Deze verplichting speelt des te sterker in een situatie waarin het betrokken project was onderworpen aan een effectenbeoordeling die niet zou voldoen aan de kwaliteitsvereisten van artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn.<sup>43</sup> In de Duitse casus zou de beoordeling uit 2003 slechts een erg voorlopig en summier effectenrapport omvatten.

Het Hof van Justitie stelt vervolgens vast dat een verplichting tot *ex-post*-beoordeling niet op expliciete wijze naar voren komt uit de tekst van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn. Toch besluit het Hof dat een verplichting tot *ex-post*-beoordeling alsnog kan worden gegrondvest op artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn.<sup>44</sup> Wel erkent het Hof van Justitie, opnieuw in lijn met de opinie van de advocaat-generaal Sharpston<sup>45</sup>, dat er op dit punt géén sprake kan zijn van een absolute verplichting. De bewoordingen van artikel 6, lid 2 zijn immers redelijk vaag en laten de nodige discretionaire marge aan de lidstaten. Zij beschikken over enige marge om te beslissen welke passende maatregelen genomen moeten worden om de verslechtering te voorkomen.<sup>46</sup> Het gaat in wezen om een feitelijke discussie.

Maar bij deze feitelijke toets dienen echter wel enkele belangrijke juridische randvoorwaarden in acht te worden genomen. Vooreerst verduidelijkt het Hof dat er slechts sprake is van een verstoring wanneer een economische activiteit aanleiding kan geven tot significante gevolgen in het licht van de van toepassing zijnde instandhoudingsdoelstellingen voor het gebied.<sup>47</sup> Het lijkt logisch dat deze natuurdoelen ook determinerend zijn om te oordelen of er sprake is van een habitatverslechtering zoals bedoeld in artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn.

Nochtans blijkt, net als bij artikel 6, lid 3 (zie *supra*), het voorzorgsbeginsel een determinerende rol te spe-

len.<sup>48</sup> De loutere vaststelling dat een economische activiteit in een gebied plaatsvindt die het risico inhoudt op verstoring of verslechtering lijkt voldoende om te besluiten tot een schending van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn. Er is dan ook sprake van een omkering van de bewijslast.

Wanneer men aannemelijk kan maken dat een bepaalde economische activiteit bijdraagt tot de verslechtering of verstoring van een Natura 2000-gebied, en deze activiteit zonder meer wordt getolereerd in een Natura 2000-gebied, dan lijkt er een schending van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn voor te liggen. Al zeker in een situatie waarin het gebied zich in een ongunstige staat van instandhouding bevindt en de toepasselijke instandhoudingsdoelstellingen een duidelijk hersteldoel omvatten. Denk bijvoorbeeld aan een bestaande grondwaterwinning die zonder verdere beoordeling wordt getolereerd in een gebied waarin heel wat waterafhankelijke habitats (vennen) reeds erg te lijden hebben onder verdroging. Het Hof van Justitie legt bovendien de nadruk op het feit dat géén oorzakelijk verband tussen een verstoring en verslechtering van de betrokken soorten en/of habitats en de potentieel schadelijke activiteit moet worden aangetoond om te besluiten tot een schending van artikel 6, lid 2.<sup>49</sup> De bewijslast verschuift, net als bij artikel 6, lid 3, naar de overheid die de bestaande activiteit tolereert in het betrokken Natura 2000-gebied.

Enkel indien de betrokken lidstaat met afdoend bewijsmateriaal op de proppen komt dat het risico op bijkomende verslechtering uitsluit, kan de activiteit worden voortgezet zonder dat een schending van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn voorligt. Wanneer dit risico zich alsnog kan materialiseren, bijvoorbeeld omdat er onvoldoende informatie voorligt omtrent de precieze omvang van de effecten en kwetsbaarheid van het gebied, dan neemt de algemene beschermingsverplichting precies de gedaante aan van een *ex-post*-beoordeling van een reeds eerder vergunde activiteit. In dat specifiek geval zal de 'passende maatregel', zoals bedoeld in artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn, evenzeer een *ex-post*-beoordeling omvatten.

Hoewel het Hof van Justitie dit niet met zoveel woorden zegt, zal deze *ex-post*-beoordeling zich des te meer opdringen wanneer de oorspronkelijke effectbeoordeling ver onder de maat van artikel 6, leden 3 en 4 van de passende beoordeling is gebleven. Dit kan het geval zijn wanneer bepaalde effectengroepen niet naar be-

42. HvJ 20 oktober 2005, nr. C-6/04, Commissie/Verenigd Koninkrijk, § 58.

43. HvJ 14 januari 2014, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 35.

44. *Ibid.*, § 37 tot en met 39.

45. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON, 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 48.

46. HvJ 14 januari 2014, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 40.

47. *Ibid.*, § 41.

48. Echter, gelet op de specifieke bewoordingen van artikel 6, lid 2, kan men zich de vraag stellen of de significantiedrempel die speelt ten overstaan van het verstoringsverbod, op zich ook speelt ten overstaan van het verslechteringsverbod. In een inbreukprocedure tegen Frankrijk wierp de

Commissie op dat de Franse Natura 2000-regelgeving ter omzetting van artikel 6, lid 2 iedere potentieel schadelijke activiteit diende te verbieden, zelfs wanneer deze geen significante effecten heeft. In zijn arrest van 4 maart 2010 heeft het Hof van Justitie zich hier finaal niet over uitgesproken (HvJ 4 maart 2010, nr. C-241/08, Commissie/Frankrijk, § 23 e.v.). In haar conclusie van 25 juni 2009 in deze zaak benadrukte advocaat-generaal KOKOTT dat pas sprake zou kunnen zijn van een verslechtering van de kwaliteit van habitats in de zin van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn wanneer de instandhoudingsdoelstellingen van het betrokken beschermingsgebied worden aangetast (§ 28).

49. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 42.

horen zouden zijn beoordeeld of natuurherstelmaatregelen alsnog als mitigatie zouden zijn ingekleed terwijl zij de directe effecten op beschermde habitats niet kunnen voorkomen.<sup>50</sup> Dit spreekt ook voor zich: wanneer een eerder opgemaakt effectenrapport onvolkomen is, zal de *ex-post*-beoordeling een zo mogelijk nog belangrijkere rol spelen bij een risico op verdere verslechtering. Een correct uitgevoerde en actuele effectenanalyse vormt immers een eerste noodzakelijke stap in het tegengaan van verdere verslechtingen in een Natura 2000-gebied. Maar het hoeft hierbij niet altijd te gaan om gevallen waar sprake is van fouten in een oorspronkelijk effectenrapport. Ook zou men kunnen denken aan gewijzigde milieumomstandigheden, die alsnog de opmaak van een *ex-post*-beoordeling kunnen verplichten. In de voorliggende casus ligt er bijvoorbeeld meer dan vier jaar tussen de initiële beoordeling en de aanvangsdatum van de werkzaamheden.

Het is finaal aan de Duitse rechters om na te gaan of *in casu* voldaan is aan de hoger weergegeven voorwaarden en aan te stippen in welke mate de betrokken Duitse overheid alsnog verplicht was in 2008, wanneer de eerder verleende vergunning werd bijgesteld, een doorgedreven *ex-post*-beoordeling door te voeren.<sup>51</sup> Niettemin lijkt het Hof van Justitie aan de lidstaten weinig keuzevrijheid te laten wanneer er sprake is van een dreigende of blijvende verslechtering.<sup>52</sup> Hoewel ik de effectenrapporten van de Duitse zaak niet heb kunnen bekijken, lijkt me een risico op verslechtering van het Elbedal ingevolge de bouw en de ingebruikname van de brug niet louter denkbeeldig te zijn. Men denke alleen al aan de bijkomende stikstofdepositie ten gevolge van de toename van het verkeer, het habitatverlies en de bijkomende verstorings- en versnipperingseffecten waarmee de bouw van een brug door een kwetsbaar Natura 2000-gebied heen gepaard kan gaan. Als deze effecten niet voldoende zijn beoordeeld, ook niet bij de tweede beoordeling in 2008, dan lijkt zich alsnog een nieuwe *ex-post*-beoordeling op te dringen in de Duitse bruggencasus en zal het oorspronkelijke vergunningsbesluit moeten worden vernietigd.

#### 4.2. Inhoudelijke criteria bij het uitvoeren van een *ex-post*-beoordeling?

Nu duidelijk was dat, alvast in bepaalde omstandigheden, artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn een lidstaat kan verplichten tot het uitvoeren van een *ex-post*-beoordeling, rees de vraag welke inhoudelijke criteria hierbij in acht dienden te worden genomen.

Artikel 6, lid 2 maakt op zich géén melding van een

*ex-post*-beoordelingsverplichting. Laat staan dat het bijkomende *clues* zou geven omtrent de inhoudelijke randvoorwaarden die hierbij spelen. Zo was niet duidelijk welke referentiedatum diende te worden gehanteerd. Het antwoord op deze vraag is echter cruciaal om na te gaan of de hernieuwde effectbeoordeling voor de brug, waarbij alsnog toepassing was gemaakt van de afwijkingsclausule uit artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn, de wettigheidstoets van het EU-recht zou doorstaan.

De aandachtige lezer zou kunnen opwerpen dat het ietwat bevreemdend is om toepassing te maken van de afwijkingsclausule in de context van het verslechtingsverbod. Artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn is immers enkel van toepassing in de context van artikel 6, lid 3 (habitattoets). Nochtans had het Hof van Justitie in zijn uitspraak in de Spaanse *bruine beren*-zaak reeds aangegeven dat een lidstaat, naar analogie van de uitzonderingsregel van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn, een reden van openbaar belang kan aanvoeren om de verderzetting van een schadelijke bestaande activiteit te rechtvaardigen.<sup>53</sup>

De toepassing van de afwijkingsprocedure dient wel vooraf te worden gegaan door een kwalitatief uitgevoerde effectenbeoordeling *ex* artikel 6, lid 3 (passende beoordeling). De omvang van de schadelijke effecten zal immers determinerend zijn voor de in het kader van artikel 6, lid 4 uit te voeren belangenafweging.<sup>54</sup> Ook de scope van de te nemen compenserende maatregelen wordt in grote mate gedefinieerd in functie van de eerder uitgevoerde effectenbeoordeling.<sup>55</sup> Hoe meer schadelijke effecten er zouden worden vastgesteld, hoe groter de omvang van de te treffen compensaties.

In eerste orde herhaalt het Hof van Justitie in zijn arrest van 14 januari 2016 zijn gekende rechtspraak inzake de passende beoordeling *ex* artikel 6, lid 3, die hoger in deze bijdrage is aangehaald.<sup>56</sup>

Bijkomend brengt het Hof in herinnering dat lid 2 en lid 3 van de Habitatrichtlijn in wezen hetzelfde beschermingsoogmerk bewerkstelligen.<sup>57</sup> Hieruit leidt het Hof van Justitie af dat een *ex-post*-beoordeling in wezen aan dezelfde kwaliteitsvereisten dient te voldoen als een passende beoordeling *ex* artikel 6, lid 3. Op zich een weinig verrassende vaststelling.

Echter, van groter belang was de vraag op welk referentiemoment deze beoordeling zich diende te focus- sen. Diende men zich terug te verplaatsen in de tijd en te kijken naar de staat van instandhouding van het ge-

50. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 49.

51. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 45.

52. Zie ook in die zin: H. WOLDENDORP, "Een brug te veel? Het Europese Hof over de gevolgen van de Waldenschlössenbrücke voor Natura 2000-gebied Elbtal (en omgekeerd!)", *BR* (ter publicatie).

53. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 156.

54. *Ibid*, § 158.

55. HvJ 16 februari 2012, nr. C-182/10, Solvay, § 74.

56. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 48 tot en met 50.

57. Zie eerder bv. HvJ 11 april 2013, nr. C-258/11, Sweetman, § 32.

bied bij het treffen van de oorspronkelijke vergunning (2004) of speelde de toestand op het moment van de *ex-post*-beoordeling (2008)?

Het Hof van Justitie stelt zich opnieuw op hetzelfde standpunt als dat van de advocaat-generaal Sharpston<sup>58</sup> en besluit dat men zich niet kan beperken tot een analyse van de toestand op het moment van aanwijzing van het gebied (2004), maar tevens dient rekening te houden met alle gevolgen voor dat gebied die zich na dat tijdstip hebben voorgedaan of kunnen voordoen ten gevolge van de gehele of gedeeltelijke uitvoering van dat plan of project (2008).<sup>59</sup> Dit is niet meer dan logisch. Immers, nu artikel 6, lid 2 een permanente beschermingsverplichting omvat, zou het onzinnig zijn om alsnog géén rekening te houden met de sinds de aanwijzing van het gebied opgetreden wijzigingen, die bijvoorbeeld het gevolg kunnen zijn van ondertussen vergunde ontwikkelingen.<sup>60</sup> Een andere benadering zou overigens impliceren dat een lidstaat voordeel kan halen uit een eventuele niet-naleving van deze permanente beschermingsverplichting. Als de staat van instandhouding in tussentijd is verslechterd ten gevolge van het vergunde en deels uitgevoerde project en/of andere projecten, dan dient dit evenzeer in rekening te worden gebracht binnen de *ex-post*-beoordeling. Dit kan mogelijk nopen tot bijkomende compensaties.

### 4.3. Kan men rekening houden met voldongen feiten?

De meest explosieve vraag die het Hof van Justitie diende te beantwoorden, had betrekking op de omstandigheid dat de vergunning voor het bouwen van de brug definitief was geworden. Het was niet duidelijk in welke mate de Duitse bevoegde overheid in 2008, voor zover zij een *ex-post*-beoordeling ex artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn diende uit te voeren, rekening kon houden met het feit dat het vergunningsbesluit op dat moment onmiddellijk uitvoerbaar was.

Bijkomend rijst de vraag of, ruimer bekeken, het feit dat de brug ondertussen gebouwd is als een voldongen feit moet worden beschouwd bij een *ex-post*-beoordeling. De Duitse verwijzende rechter was alvast van oordeel dat géén abstractie kon worden gemaakt van het definitieve karakter van het vergunningsbesluit naar Duits recht en de gedeeltelijke bouw van de brug. Immers, een andere interpretatie zou impliceren dat de bouw van de brug opnieuw in vraag zou worden gesteld, wat niet alleen haaks staat op het rechtszekerheidsbeginsel, maar evenzeer grote economische

gevolgen teweegbrengt voor de projectontwikkelaar.

Het Hof van Justitie verwerpt deze benadering. Eerder had het immers reeds gesteld dat een *ex-post*-beoordeling dient te voldoen aan de kwaliteitsvereisten die spelen bij een passende beoordeling. Zoals hoger geïndiceerd, betreft laatstgenoemde beoordeling een exclusief ecologische beoordeling van de mogelijke effecten van een activiteit op de verdere instandhouding van het betrokken Natura 2000-gebied. In zo'n rapport is géén plaats voor niet-ecologische getinte overwegingen.

De loutere vaststelling dat het betrokken project ondertussen reeds was gebouwd ingevolge een definitief geworden toestemmingsbesluit is dan ook niet relevant.<sup>61</sup> Ook de afwijzing van het kortgeding in 2007 is niet doorslaggevend. Zoals eerder ook reeds door advocaat-generaal Sharpston was vastgesteld<sup>62</sup>, zou een tegengestelde interpretatie impliceren dat striktere regels van nationaal procesrecht afbreuk kunnen doen aan de essentiële beschermingsvereisten uit de Habitatrichtlijn.<sup>63</sup> Er moet ook rekening worden gehouden met de gevolgen die zich al hebben voorgedaan en met de gevolgen die bij de verdere exploitatie van de brug zouden kunnen optreden. Hoewel het Hof van Justitie hier géén verdere aandacht aan besteedde, merkte advocaat-generaal Sharpston nog op dat rechtszekerheidsbeginsel niet kan prevaleren boven het permanente karakter van het verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2.<sup>64</sup>

In die filosofie is de permanente beschermingsverplichting een duidelijke en nauwkeurige regeling, die voldoende kenbaar was voor de rechtsonderhorigen én bovendien reeds sinds 2004 van toepassing was. Aan het vertrouwensbeginsel mag bovendien niet een zodanig ruime draagwijdte worden gegeven dat een nieuwe regeling nooit van toepassing kan zijn op de toekomstige gevolgen van situaties die onder een oude regeling zijn ontstaan.<sup>65</sup>

Zoals hoger aangegeven, kan men de verderzetting van de activiteit proberen te rechtvaardigen door toepassing te maken van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn. Maar ook bij de eventuele toepassing van de afwijkingsprocedure rijst de vraag in welke mate hierbij dan wel rekening gehouden zou kunnen worden met het feit dat de brug reeds is gebouwd.

Het Hof van Justitie stelt dat het alternatievenonderzoek vereist dat de gevolgen voor het milieu van het verdere gebruik van het betrokken bouwwerk of de beperking daarvan, met inbegrip van de sluiting of

58. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 56 tot en met 62.

59. HvJ 14 januari 2016, nr. § C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 60 en 61.

60. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 61.

61. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 68.

62. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 64.

63. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 69.

64. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 65.

65. HvJ 14 januari 2010, nr. C-226/08, Stadt Papenburg, § 45 en 46.

zelfs de afbraak ervan, worden afgewogen tegen de grote openbare belangen die hebben geleid tot de bouw ervan. Anders gesteld, de milieueffecten van het in stand houden (en openhouden) ervan moeten worden afgewogen tegen de gevolgen van het sluiten (of beperken van het gebruik) of zelfs het afbreken ervan.<sup>66</sup> Een maatregel die zou neerkomen op een verdere verslechtering van het betrokken Natura 2000-gebied, kan volgens het Hof van Justitie *niet* beschouwd worden als alternatieve oplossing in de zin van artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn.<sup>67</sup>

Het is echter niet zo dat het Hof van Justitie stelt dat de keuze per definitie dient te vallen op de afbraak van de brug. De advocaat-generaal Sharpston stelt bijvoorbeeld dat “het zeer aannemelijk is dat een dergelijke afweging van belangen en prioriteiten tot de conclusie leidt dat de brug moet blijven staan, op voorwaarde dat passende preventie- en beheersmaatregelen een verdere verslechtering voorkomen en de geleden schade herstellen”.<sup>68</sup> Dit lijkt te impliceren dat het in stand houden van de brug en/of de exploitatie in zijn huidige vorm niet kan worden weerhouden als ‘redelijk alternatief’ wanneer uit het *ex-post*-onderzoek is gebleken dat het zou kunnen leiden tot een verdere verslechtering en verdere preventie- of beheersmaatregelen hieraan niet kunnen verhelpen.<sup>69</sup>

Maar men kan een eventueel afbraakscenario niet zomaar bij voorbaat uitsluiten, zoveel is duidelijk. Minstens moet het worden bekeken als theoretische optie binnen een *ex-post*-beoordeling.

In de belangwekkende paragraaf 77 benadrukt het Hof van Justitie daarenboven nog eens dat de eventuele economische meerkosten waartoe een afbraak van de brug zou leiden niet opweegt tegen de doelstellingen van de Habitatrictlijn:

“Ter zake van de door de verwijzende rechter aangehaalde economische kosten van de maatregelen die in aanmerking kunnen worden genomen in het kader van het onderzoek van de alternatieven, met inbegrip van de afbraak van het reeds verwezenlijkte bouwwerk, moet worden opgemerkt, zoals ook de advocaat-generaal in punt 70 van haar conclusie dit heeft gedaan, dat deze kosten niet even belangrijk zijn als de door de habitatrictlijn nagestreefde doelstelling van instandhouding van de natuurlijke habitats en de wilde flora en fauna. Gelet op de in punt 73 van het onderhavige arrest in herinnering geroepen restrictieve uitlegging van artikel 6, lid 4, van deze richtlijn, kan bijgevolg niet worden aanvaard dat louter de economische kosten verbonden aan dergelijke maatregelen

beslissend kunnen zijn voor de keuze van alternatieve oplossingen op grond van deze bepaling.”

De strikte uitlegging van de alternatievenbeoordeling *ex* artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn mag niet verbazen in het licht van de eerdere rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>70</sup>, waaronder de Belgische *Solvay*-zaak uit 2012.<sup>71</sup> Hoewel ik géén zicht heb op de inhoud van de in 2008 uitgevoerde alternatievenafweging, bestaat er een gerede kans dat men de afbraak of het niet verder bouwen van de brug op dat moment niet als redelijk uitvoeringsalternatief heeft beoordeeld bij de toepassing van de afwijkingsclausule. Indien dit effectief het geval zou zijn, lijkt de kans reëel dat het besluitvormingsproces alsnog niet voldoet aan de vereisten uit artikel 6, leden 2 en 4 van de Habitatrictlijn.

Een eventuele vernietiging van het vergunningsbesluit dringt zich dan op. Indien men anderzijds wel degelijk dit alternatief ook heeft meegenomen binnen de toepassing van de afwijkingsclausule, maar bijvoorbeeld heeft besloten dat de bijkomende milieueffecten die ermee gepaard zouden gaan niet zouden opwegen tegen de (te) beperkte milieuwinst die er te rapen valt, lijkt het besluitvormingsproces niet noodzakelijk gevieterd door een onwettigheid.

## 5. De rehabilitatie van artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn?

### 5.1. Dijkbreuk...

Het is verleidelijk om het arrest van 14 januari 2016 af te schilderen als een keerpunt. Daar valt zeker wat voor te zeggen. De vaststelling dat het Hof van Justitie voor het eerst ondubbelzinnig stelt dat de permanente beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn ook ertoe kan leiden dat, voor zover nodig om een verdere verslechtering te vermijden, een vergund en reeds gebouwd project opnieuw moet worden beoordeeld en, in bepaalde gevallen, zelfs moet worden afgebroken, is behoorlijk verregaand. En bovendien gaat het naar mijn weten om de eerste uitspraak waarin het Hof van Justitie expliciet vermeldt dat de economische kosten van een projectalternatief niet even belangrijk zijn als de doelstelling van de Habitatrictlijn én om die reden ook niet als determinerend criterium kunnen worden gehanteerd bij de uitvoering van een alternatievenafweging in het kader van een effectenrapport.

Het precedentenkarakter van het arrest van 14 janu-

66. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, *Grüne Liga Sachsen* eV, § 70.

67. *Ibid.*, § 75.

68. Concl. Adv. Gen. SHARPSTON 24 september 2015, nr. C-399/14, *Grüne Liga Sachsen* eV, § 69.

69. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, *Grüne Liga Sachsen* eV, § 75.

70. Eerder had het Hof van Justitie reeds duidelijk gemaakt dat het strikt toe-

kijkt op de alternatievenafweging bij toepassing van artikel 6, lid 4 van de Habitatrictlijn of de overheid voldoende alternatieven heeft bestudeerd. Zie bv. HvJ 26 oktober 2006, nr. C-239/04, *Commissie/Portugal*, § 34 tot en met 40.

71. HvJ 16 februari 2012, nr. C-182/10, *Solvay*, § 76.



ari 2016 kan dan ook moeilijk worden betwist. Met enige zin voor overdrijving zou men het arrest kunnen samenvatten met de slagzin ‘*nature trumps economy*’. Het betreft de eerste zaak waarin het Hof van Justitie zich op zo’n uitdrukkelijke wijze uitspreekt over de mogelijke juridische consequenties van het verslechteringsverbod voor een reeds vergund project.

Het valt echter nog te bezien in welke mate de Duitse rechters alsnog zouden besluiten dat een *ex-post*-beoordeling binnen de krijtlijnen zoals geschetst door het Hof opnieuw nodig zal blijken *in casu*. Het is niet uitgesloten dat andere passende maatregelen zouden voorliggen om de schade aan het Elbedal ten gevolge van de bouw en de ingebruikname van de *Waldschlössenbrucke* te beperken. Zoals het Hof zelf aangeeft, is het aan de nationale rechter om dit uit te maken.<sup>72</sup> Ook Woldendorp lijkt deze mening toegedaan. Artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn geeft aan de lidstaten de vrijheid om zelf te beoordelen welke passende maatregelen een verdere verslechtering kunnen vermijden.<sup>73</sup> In weerwil van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn, in het kader waarvan enkel projectgelieerde mitigerende maatregelen mogelijk lijken, kan men hier dus ruimer gaan. Al blijft het onduidelijk in welke mate compenserende maatregelen, die ingevolge het *Briels*-arrest van 15 mei 2014 enkel een rol zouden kunnen spelen bij de toepassing van de afwijkingsclausule, ook in het kader van het verslechteringsverbod een rol kunnen spelen.<sup>74</sup> Mogelijk zou dit enkel het geval kunnen zijn bij toepassing van de afwijkingsclausule uit artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn.

Wat er ook van zij, het Hof van Justitie beperkt de beleidsvrijheid van de lidstaat – *in casu* de Duitse overheid – in grote mate indien zou blijken dat er een redelijk risico zou bestaan op een blijvende verslechtering, zonder dat daarbij zelfs een oorzakelijk verband met de betrokken activiteit moet worden aangetoond. Indien blijkt dat bij de hernieuwde beoordeling van de brug over de Elbe alsnog vertrokken zou zijn van een foutieve referentietoestand en men onterecht géén rekening heeft gehouden met de effecten die door de brug zouden worden veroorzaakt, lijkt de procedure-slag omtrent de *Waldschlössenbrucke* nog lang niet afgelopen.

Voor zover zou blijken dat de eerder uitgevoerde *ex-post*-beoordeling niet op correcte wijze is uitgevoerd, dan lijkt een lidstaat alsnog verplicht om dat onderzoek uit te voeren. In dat geval zal bij een eventueel nieuwe beoordeling evenzeer de effecten die samen-

hangen met de bouw en exploitatie van de brug moeten worden bekeken.

Dit lijkt erg strikt. Men kan zich echter de vraag stellen of het Hof van Justitie niet evenzeer tot een gelijkaardig resultaat zou zijn gekomen bij afwezigheid van het verslechteringsverbod uit artikel 6, lid 2. In het bijzonder wanneer zou blijken dat een eerdere beoordeling voor een project niet was uitgevoerd conform de vereisten *ex* artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn. Het algemeen beginsel van gemeenschapstrouw, dat vervat zit in artikel 4, lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU), verzet zich immers ook tegen een situatie waarin in een herzieningsbesluit een onvolkomen uitgevoerde effectenbeoordeling alsnog zonder bijkomende motivering wordt gecontinueerd. Met andere woorden, de aanwezigheid van een permanente beschermingsverplichting is misschien wel niet noodzakelijk om te besluiten tot een hernieuwde beoordeling, weze het in de gedaante van een *ex-post*-controle, van reeds vergunde projecten.

Interessant is bovendien dat het Hof van Justitie in zijn rechtspraak omtrent project-MER reeds de nadruk had gelegd op de herstellplicht die rust op de lidstaten wanneer een project onterecht aan de toepassing van de MEB-Richtlijn zou zijn onttrokken. In de punten 64 en 65 van de *Wells*-zaak, die handelde over de MEB-Richtlijn, benadrukt het Hof van Justitie dat lidstaten verplicht zijn de onrechtmatige gevolgen van een schending van het EU-recht ongedaan te maken. De bevoegde autoriteiten behoren derhalve de nodige maatregelen te treffen om het verzuim van een milieueffectbeoordeling te herstellen, een reeds verleende vergunning in te trekken of op te schorten teneinde een dergelijke beoordeling alsnog te verrichten.<sup>75</sup> Indien er zich al géén remediëring of correctie zou opdringen, dan zal een lidstaat minstens motiveren waarom alsnog buitengewone of uitzonderlijke omstandigheden aanwezig zouden zijn die rechtvaardigen waarom de bestaande schending van EU-recht alsnog wordt bestendigd.<sup>76</sup>

Dit brengt ons naadloos bij artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn. Ook indien de Duitse rechters het vergunningsbesluit alsnog zouden vernietigen, zou de uitvoering van een nieuwe *ex-post*-beoordeling immers niet meteen de afbraak van de brug noodzakken. Eventueel zal men wel het gebruik van de brug nader moeten inperken, bijvoorbeeld indien zou blijken dat de eventuele toename van de stikstofdepositie hierdoor binnen de significantiedrempel blijft. Enkel in-

72. HvJ 14 januari 2016, nr. C-399/14, Grüne Liga Sachsen eV, § 39 en 40.

73. H. WOLDENDORP, “Een brug te veel?; Het Europese Hof over de gevolgen van de Waldenschlössenbrucke voor Natura 2000-gebied Elbtal (en omgekeerd!)”, *BR* (ter publicatie).

74. WOLDENDORP lijkt impliciet aan te geven dat hier iets meer marge aanwezig is dan in het kader van een ‘klassieke’ habitattoets in het kader van artikel 6, lid 3. Zie: H. WOLDENDORP, “Een brug te veel?; Het Europese Hof over de gevolgen van de Waldenschlössenbrucke voor Natura 2000-gebied Elbtal (en omgekeerd!)”, *BR* (ter publicatie).

75. Zie bv. HvJ 7 januari 2004, nr. C-201/02, Wells, § 64 en 65.

76. Zie naar analogie: HvJ 3 juli 2008, nr. C-215/06, Commissie/Ierland, § 56: “Het gemeenschapsrecht kan zich er weliswaar niet tegen verzetten dat verrichtingen of handelingen die naar gemeenschapsrecht onregelmatig zijn, volgens de toepasselijke nationale regels in bepaalde gevallen kunnen worden geregulariseerd, doch behoort een dergelijke mogelijkheid onderworpen te zijn aan de voorwaarde, dat zij de belanghebbenden niet in de gelegenheid stelt de gemeenschapsregels te omzeilen of buiten toepassing te laten, en uitzondering blijft.”

dien zou blijken dat er géén andere passende maatregelen mogelijk lijken om de milieubalans te laten overhellen in functie van het behoud van de brug zal een eventuele afbraak zich opdringen. In zo'n context zou het loutere feit dat de afbraak van de brug kan leiden tot economische meerkosten niet als dwingende reden van groot openbaar belang worden gehanteerd. Dit neemt echter niet weg dat de andere openbare belangen die in het geding zijn – zoals betere verkeersontsluiting en meer verkeersveiligheid – wél een rol kunnen spelen bij de uiteindelijke toepassing van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn.

## 5.2. ... of een logisch vervolgstuk?

Hoger is gebleken dat de 'scherpe tanden' van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn reeds eerder naar voren zijn gekomen in de voorliggende rechtspraak van het Hof van Justitie, ook in een context van reeds vergunde inrichtingen.<sup>77</sup> Reeds in zijn bekende arrest omtrent de kokkelvisserij in de Waddenzee – vooral bekend omwille van zijn toepassing van het voorzorgsbeginsel bij de uitvoering van een passende beoordeling (zie *supra*) – gaf het Hof van Justitie al een niet mis te verstane hint in die richting.<sup>78</sup> Het Hof stelde immers dat ook wanneer een project correct is beoordeeld in het licht van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn, een overheid alsnog genooddaakt zou kunnen zijn om op te treden wanneer er zich een verslechtering of verstoring zou voordoen. Bijvoorbeeld ten gevolge van gewijzigde milieuomstandigheden of in het licht van gegevens die niet kenbaar waren op het moment van de opmaak van het effectenrapport. *A fortiori* zou de permanente beschermingsverplichting ook spelen wanneer de eerder uitgevoerde passende beoordeling niet voldeed aan de vereisten uit artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn.

In zijn uitspraak in de Spaanse *bruine beren*-zaak had het Hof van Justitie enerzijds wel toegestaan dat een blijvende verslechtering ook kon worden gerechtvaardigd met toepassing van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn, maar anderzijds aangeduid dat louter economische argumenten pas aan de orde kunnen zijn voor zover géén sprake is van schade aan prioritaire soorten, zoals de bruine beer.<sup>79</sup>

Waar het Hof van Justitie in zijn arrest van 14 januari 2016 expliciet heeft aangegeven dat het openbare belang van kostenbesparing géén doorslaggevende rol kan spelen bij de uitvoering van een eventuele alternatievenafweging voor de bestaande brug, laat het na verdere aanwijzingen te geven omtrent de eventuele economische implicaties van een eventueel afbraakscenario. Advocaat-generaal Sharpston raakte dit punt

wel onrechtstreeks aan in punt 65 van haar conclusie, waarin ze de argumenten inzake rechtszekerheid en gewettigd vertrouwen verwierp. Eerder dan de toepassing van artikel 6, lid 2 uit te sluiten omwille van het vertrouwen in de bestendigheid van vergunningen suggereerde de advocaat-generaal om te voorzien in financiële compensatie.<sup>80</sup> In zijn rechtspraak omtrent het rechtsherstel bij projecten die onterecht niet waren onderworpen aan een MER was het Hof van Justitie reeds tot een gelijkaardig besluit gekomen.<sup>81</sup>

Het is niet onbelangrijk te benadrukken dat het arrest in de Duitse brugzaak niet op zich staat. Het oordeel sluit nauw aan bij een tweede uitspraak van het Hof van Justitie, evenzeer van 14 januari 2016, in een inbreukprocedure tegen Bulgarije. Ook in deze zaak erkende het Hof van Justitie opnieuw de relevantie van artikel 6, lid 2 voor bestaande vergunde activiteiten. *In casu* ging het onder meer om de bouw van windmolens en een toeristisch project. Interessant hierbij is dat het Hof van Justitie opnieuw géén al te zware bewijslast aan de Commissie oplegt. De hoge dichtheid van de windmoleninstallaties in het vogelrichtlijngebied is op zich reeds voldoende om aan te tonen dat er een vermoeden of kans op verstoringen van de aanwezige vogelpopulaties aanwezig is.<sup>82</sup> Er blijkt dan ook sprake van een gevestigde rechtspraak op dit punt.

## 6. Lessen voor Vlaanderen uit het Duitse brugdispuut: voorbij de voldongen feiten?

Tot voor kort ging in Vlaanderen niet al te veel aandacht naar de concrete implicaties van de permanente beschermingsverplichting die vervat zit in artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn. Artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn is, net als artikel 6, lid 1, reeds sinds 2002 geïmplementeerd binnen het Vlaamse natuurbehoudsrecht. Conform artikel 36ter, § 2 van het Decreet Natuurbehoud neemt elke administratieve overheid, binnen haar bevoegdheden én ongeacht de bestemming, alle nodige maatregelen om elke verslechtering van de natuurkwaliteit en het natuurlijk milieu van de habitats van Bijlage I bij het Decreet Natuurbehoud en van de habitats van de soorten vermeld in de Bijlagen II, III en IV bij het Decreet Natuurbehoud in een speciale beschermingszone te vermijden, en om elke betekenisvolle verstoring van een soort vermeld in de Bijlagen II, III of IV bij het Decreet Natuurbehoud te vermijden.

Eerder was in de rechtsleer besloten dat er weinig sturende kracht van deze eerder vaag geformuleerde be-

77. Zie ook in die zin: H. WOLDENDORP, "Een brug te veel?; Het Europese Hof over de gevolgen van de Waldenschlössenbrücke voor Natura 2000-gebied Elbtal (en omgekeerd!)", *BR* (ter publicatie).

78. HvJ 7 september 2004, nr. C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, § 36 en 37.

79. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 155 en 156.

80. Zie eerder in die zin: concl. Adv. Gen. KOKOTT 28 juni 2001, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 71.

81. HvJ 21 maart 2013, nr. C-244/12, Salzburger Flughafen GmbH, § 41 e.v.

82. HvJ 14 januari 2016, nr. C-141/14, Commissie/Bulgarije, § 57 tot en met 59.

paling uitging.<sup>83</sup> Hoewel er her en der verspreid in het Vlaamse omgevingsrecht een aantal bijkomende preventieve maatregelen vervat zitten (bv. beperkingen inzake bemesting, jacht en striktere regels inzake het wijzigen van vegetatie binnen Natura 2000-gebieden), leek de praktische relevantie van het verslechteringsverbod in Vlaanderen erg beperkt. Het in de inleiding kort aangehaalde arrest van 14 februari 2012 omtrent de organisatie van een jaarlijkse motorcross in een Natura 2000-gebied illustreerde dit ten voeten uit. Hier oordeelde het hof van beroep van Brussel nog dat “het (...) onwaarschijnlijk lijkt dat de flora en fauna die zich ter plaatse hebben ontwikkeld in de 45 jaar dat er jaarlijks een motorcross wordt gehouden worden bedreigd door de motorcross die er jaarlijks wordt gehouden”.<sup>84</sup> Dat net de wederkerende motorcross het benodigde herstel van het gebied in de weg stond, kwam bij de rechters blijkbaar niet op.

Hierna lijst ik de zes voornaamste gevolgtrekkingen van de recente rechtspraakontwikkelingen voor de Vlaamse rechtspraak. Ik behandel hierbij ook de recente wijzigingen aan het Decreet Natuurbehoud in-gevolge het wijzigingsdecreet van 9 mei 2014.

## 6.1. Een gerechtelijk afdwingbare rechtsplicht om nettoverlies in Natura 2000 tegen te gaan bij bestaande vergunde activiteiten en projecten

Een eerste belangrijke les die voortvloeit uit het arrest van 14 januari 2016 is dat artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn de bevoegde Vlaamse overheid verplicht om op te treden ten overstaan van bestaande inrichtingen wanneer deze mogelijk aanleiding kunnen geven tot verstoring of verslechtering van een Natura 2000-gebied en dat zij dus niet langer een gedoogbeleid kunnen hanteren. Men zal de algemene beschermingsverplichting meer *au sérieux* moeten nemen en, zo nodig, ook dwingende acties moeten ondernemen ten overstaan van bestaande activiteiten die aanleiding geven tot verslechtering. Bovendien lijkt het plots ook minder evident om verder te bouwen op plannen of projecten die, hoewel zij toegelaten zijn voordat het beschermingsregime in werking is getreden, niet op afdoende mate zijn beoordeeld in het licht van artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn en waarvan de verdere exploitatie een mogelijk risico op verstoring of verslechtering kan inhouden voor het betrokken Natura 2000-gebied. Ook zogenaamde ‘gebetonneerde’ bestaande situaties kunnen niet zonder meer als vertrekpunt worden gehanteerd voor besluitvormingsprocessen die een verdere verslechtering van EU beschermde natuur in de hand werken.

Deze laatste vaststelling mag niet verbazen. Hoger is

reeds aangestipt dat overeenkomstig artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn bij de beoordeling van een project of plan dient te worden nagegaan of het voorgenomen project of plan op zichzelf of in combinatie met andere plannen of projecten de instandhoudingsdoelstellingen van een gebied in gevaar kunnen brengen. Aldus moet rekening worden gehouden met de cumulatieve effecten van het beoogde project, in samenhang met reeds uitgevoerde of vastgestelde projecten en/of plannen ter beoordeling van de significante effecten van een bepaald project voor de natuurlijke kenmerken van de speciale beschermingszones. Dit is dus door het Hof van Justitie reeds meermaals bevestigd.<sup>85</sup> Het is de totale milieudruk die moet worden beoordeeld. Enkel op die manier vermijdt men een ‘*death by a thousand cuts*’-scenario, waarbij een Natura 2000-gebied gradueel verslechtert door een opeenvolging van schadelijke ingrepen.

Maar waar bij de beoordeling van cumulatieve effecten de reeds bestaande installaties op zich niet in vraag worden gesteld en de focus zich vooral richt op de vraag of er nog gebruiksruimte rest voor het nieuwe plan of project, is de focus bij artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn verschillend. Dit verslechteringsverbod zou ook toelaten om reeds toegedeelde ‘vervuilingsrechten’ te gaan heroverwegen. Waar vroeger een politiek van de voldongen feiten het snel haalde van een strikt legalistisch discours, lijkt zo’n benadering plots minder vanzelfsprekend te zijn.

Meer nog, wanneer zou blijken dat de bestaande exploitatie eerder had moeten worden beoordeeld conform artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn en zo’n beoordeling niet voorligt of niet voldoet in het licht van de rechtspraak van het Hof, dan zal men alsnog zo’n potentieel verregaande *ex-post*-beoordeling moeten uitvoeren. *In concreto* kan dit ertoe leiden dat bijvoorbeeld een uitbreiding of hervergunning van een bestaande grondwaterwinning niet meer kan worden gerechtvaardigd simpelweg met verwijzing naar de langdurige afwezigheid en het vergund karakter van de winningsactiviteiten. Al zeker niet wanneer deze bestaande activiteit nooit op adequate wijze is onderworpen aan een passende beoordeling. Eenzelfde benadering lijkt overigens ook voort te vloeien uit de verplichting om bij de uitvoering van een passende beoordeling *ex artikel 6, lid 3 van de Habitatrictlijn*.

Ook het Grondwettelijk Hof lijkt die benadering te volgen in zijn uitspraak van 28 april 2016 omtrent de grondwettelijkheid van het nieuwe Vlaamse instandhoudingsbeleid, zoals vormgegeven in het decreet van 9 mei 2014.

Met verwijzing naar eerdere rechtspraak van het Euro-

83. H. SCHOUKENS, “Het beschermingsregime voor Natura 2000-gebieden in Vlaanderen: theorie en praktijk” in N. TEESING (ed.), *Wie beschermt het Natuurbeschermingsrecht?*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2008, 77.

84. Zie *supra* vn. 7.

85. Zie bv. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 80.

pees Hof voor de Rechten van de Mens gaf het Grondwettelijk Hof aan dat eventueel striktere regels inzake de exploitatie van landbouwactiviteiten in de nabijheid van een Natura 2000-gebied, niet noodzakelijk strijdig zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Het Hof stelt dat “het verlenen van vergunningen teneinde een landbouwbedrijf te kunnen exploiteren (...) niet de gewettigde verwachting (doen) ontstaan om de inrichting verder te mogen exploiteren onder dezelfde voorwaarden na de geldigheidsduur ervan”.<sup>86</sup>

Het spreekt voor zich dat een overheid niet snel geneigd zal zijn om bestaande, vergunde activiteiten in vraag te stellen. Zoals het Vlaamse PAS-verhaal illustreert, vormt het uitdoven van bestaande economische exploitaties géén evidente beleidskeuze.<sup>87</sup> Bovendien zullen de nodige financiële compensaties moeten worden voorzien, zoals ook impliciet is erkend door het Grondwettelijk Hof in zijn uitspraak van 28 april 2016.<sup>88</sup> Dit om eventuele beperkingen van het eigendomsrecht verteerbaar te maken in het licht van het recht op eigendom en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten. In het kader van het Vlaamse stikstofbeleid werkt men aan een ‘flankerend’ herstructureringsbeleid, dat voorziet in de nodige financiële vergoedingen voor de ‘rode’ landbouwbedrijven die op termijn zullen moeten verdwijnen omwille van hun te grote impact op de lokale stikstofdepositie. Ook bevat het Decreet Natuurbehoud reeds enkele vergoedingsmechanismen waarop eigenaars of exploitanten een beroep kunnen doen.<sup>89</sup>

De rechtsplicht in hoofde van de Vlaamse overheid bij het voorkomen of tegengaan van verslechtering of verstoring van Natura 2000-gebieden is wellicht evenzeer in rechte afdwingbaar. Bij eventueel stilzitten van diezelfde overheid lijkt het bijgevolg niet uitgesloten dat een natuurvereniging deze verplichting tot het stopzetten of herbekijken van de bestaande activiteiten via een gerechtelijke procedure probeert te gelde te maken. Eertijds zou men zo’n vordering nog afschilderen als ontoelaatbaar juridisch activisme. In een eerdere conclusie uit 2004 had advocaat-generaal Kokott nog aangegeven dat de EU-Habitatrichtlijn weliswaar wel de bescherming van het gemeenschappelijk natuurlijk erfgoed voorziet maar géén rechtstreeks afdwingbare rechten aan particulieren toekent.<sup>90</sup>

Ondertussen lijkt deze visie enigszins achterhaald, al minstens met betrekking tot milieuorganisaties. Zo

oordeelde het Hof van Justitie in de Duitse *Janecek*-zaak uit 2008 dat niet alleen particulieren maar ook rechtspersonen die worden getroffen door een blijvende overschrijding van de EU-grenswaarden inzake luchtkwaliteit, naar de nationale rechter kunnen stappen voor een wetgevingsbevel.<sup>91</sup> Dit heeft het Hof recent ook nog bevestigd in de Engelse luchtkwaliteitszaak die was opgestart door *ClientEarth*.<sup>92</sup> Hoewel artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn géén expliciete planverplichting omvat, lijken de recente rechtspraakontwikkelingen duidelijk aan te geven dat uit voornoemde bepaling een rechtsplicht voortvloeit die een overheid verplicht op te treden ten overstaan van bestaande activiteiten die aanleiding kunnen geven tot een verdere verslechtering van een Natura 2000-gebied.

Ook de recente Aarhus-geïnspireerde rechtspraakontwikkelingen lijken de actiemogelijkheden van natuur- en milieuverenigingen te verruimen en sluiten een rechterlijk bevel op grond van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn niet noodzakelijkerwijs uit. Het Hof van Justitie besliste in de *Trianel*-zaak dat bij de beoordeling van toegang tot de rechter met het oog op toepassing van EU-recht voor de betreffende milieuorganisatie die instond voor bescherming van het milieu, Duitse wetgeving niet mocht vasthouden aan het concept van individuele rechten (de welbekende ‘*Schutznorm*’) om de milieuorganisatie toegang te weigeren.<sup>93</sup> In een andere *landmark*-zaak omtrent de regels inzake strikte soortenbescherming uit de Habitatrichtlijn dwong het Europese Hof van Justitie, met verwijzing naar artikel 9(3) van het verdrag van Aarhus, het Slowaakse hooggerechtshof nog zijn afwijzende houding ten opzichte van milieuacties te herzien.<sup>94</sup> Dit teneinde het nuttig effect van de Habitatrichtlijn te vrijwaren. Men zou deze uitspraak kunnen aangrijpen om ook een gerechtelijke procedure in uitvoering van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn te onderbouwen.

In artikel 9(4) van het verdrag van Aarhus wordt bovendien verduidelijkt dat de procedures billijk, snel en niet onevenredig kostbaar mogen zijn en dat er voorzien moet worden in passende en doeltreffende middelen, met inbegrip van, zo nodig, een dwangmiddel tot rechtsherstel. De VN-implementatiegids bij het Verdrag van Aarhus, waaraan een belangrijke waarde wordt gehecht in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie<sup>95</sup>, stelt dat wanneer toekomstige schade

86. GwH 28 april 2016, arrest nr. 57/2016, overw. 18.2.

87. Zie hierover meer uitgebreid: J. BOUCKAERT & M. STRUBBE, “Wijzigingen aan het Decreet Natuurbehoud: een overzicht”, *MER* 2015, 305-307.

88. GwH 28 april 2016, arrest nr. 57/2016, overw. B.9.3 tot en met B. 19. Het Hof acht dat het Vlaamse instandhoudingsbeleid, zoals vormgegeven in het decreet van 9 mei 2014, op zich niet strijdig is met het recht op eigendom en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten. Niettemin houdt het Hof duidelijk nog een slag om de arm, temeer daar de impact van de bedoelde managementplannen sterk kan verschillen per situatie. In voorkomend geval, zou een rechter naar aanleiding van bepaalde dwingende acties, alsnog kunnen oordelen dat een vergoeding moet worden toegekend (B.17.2).

89. Zie bv. de grondverwervingsprocedure die wordt vermeld in artikel 42 van het Decreet Natuurbehoud.

90. Concl. Adv. Gen. KOKOTT 29 januari 2004, nr. C-201/02, Wells, § 142-143.

91. HvJ 25 juli 2008, nr. C-237/07, *Janecek*, § 39. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, “De inroepbaarheid van het Europees milieurecht in Vlaanderen: het nuttige effect als verre droom?” in N. TEESING (ed.), *Europees milieurecht in de Lage Landen*, Boom Juridische uitgevers, 2009, 191-195.

92. HvJ 19 november 2014, nr. C-404/13, *ClientEarth*.

93. HvJ 12 mei 2011, nr. C-115/09, *Trianel*, § 51 tot en met 59. Zie ook meer recent: HvJ 15 oktober 2015, nr. C-137/14, *Commissie/Duitsland*.

94. HvJ 8 maart 2011, C-240/09, *Lesoochranarske zoskupenie VLK*, § 49 en 50.

95. HvJ 14 juni 2012, nr. T-338/08, *Stichting Natuur en Milieu*, § 68.



zou kunnen optreden, rechters de mogelijkheid moeten hebben een bevel tot staking van handelen op te leggen, én, zelfs gebruik moeten kunnen maken van een bevel tot een bepaald handelen.<sup>96</sup> Aldus lijkt het ook noodzakelijk dat milieuoorganisaties de toepassing van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn in rechte kunnen afdwingen, al zeker wanneer de keuzemogelijkheden beperkt zijn en de verslechtering van een Natura 2000-gebied duidelijk toe te schrijven valt aan één bestaande activiteit.

## 6.2. De omzetting van bestaande vergunningen naar een permanente omgevingsvergunning alsnog op de wip?

Dat een bestaande vergunde toestand niet zomaar als onwrikbaar uitgangspunt kan worden gehanteerd, heeft zo zijn gevolgen voor de Vlaamse omgevingsvergunning, die reeds vervat zit in het Omgevingsvergunningsdecreet van 25 april 2014<sup>97</sup> en, als alles goed gaat, begin 2017 in voege zal treden. Dit decreet vertrekt van het idee dat de omgevingsvergunningen een onbepaalde duurtijd hebben. Het Omgevingsdecreet voorziet dat bij een hernieuwing of omzetting van een vergunning in beginsel géén passende beoordeling of project-MER noodzakelijk is, tenzij de hernieuwing of omzetting betrekking heeft op activiteiten die fysieke ingrepen in het leefmilieu vereisen.<sup>98</sup>

Zoals in eerdere publicaties reeds was aangegeven, is de afschaffing van de MER en passende beoordelingsplicht bij hervergunningsscenario's waarmee géén fysieke ingrepen in het natuurlijke milieu gepaard gaan niet noodzakelijkerwijs strijdig met het EU-recht.<sup>99</sup> Het Hof van Justitie had immers eerder benadrukt dat met de notie 'project' enkel materiële werken of ingrepen bedoeld zijn. Aldus viel de loutere vernieuwing van een bestaande vergunning voor de exploitatie, zonder dat er sprake is van werken of ingrepen die de materiële toestand van de plaats veranderen, buiten de reikwijdte van de scope van de milieubeoordelingsplicht uit de MEB-Richtlijn.<sup>100</sup> Een gelijkaardige redenering lijkt te spelen in het kader van de passende beoordelingsplicht uit artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn.<sup>101</sup> Deze conclusies blijven nog steeds geldig, ook met het arrest van 14 januari 2016 in het achterhoofd.<sup>102</sup> De decreetgever was verder van oordeel dat

de afschaffing onder bepaalde voorwaarden van het milieueffectrapport en de passende beoordeling bij loutere hervergunning, gecombineerd met de specifieke omzettingsregels uit het overgangsregime, moet toelaten om het nieuwe systeem van de omgevingsvergunning voor onbepaalde duur zo snel als mogelijk van toepassing te laten worden op bestaande vergunningen, althans voor zover deze aangevraagd zijn vanaf 10 september 2002 (de datum van inwerkingtreding van artikel 36ter van het Decreet Natuurbehoud).

Reeds in 2011 werd gewaarschuwd dat het invoeren van een systeem van permanente omgevingsvergunning een stap terug kon betekenen in de bescherming van het leefmilieu.<sup>103</sup> In enkele eerdere bijdragen werd, in algemene bewoordingen, gewezen op het nut van een terugkerend (her-)beoordelingsmoment bij bestaande exploitaties.<sup>104</sup> De afdeling Wetgeving van de Raad van State was op haar beurt van oordeel dat, hoewel verenigbaar met EU-recht, het systeem mogelijk op gespannen voet zou kunnen staan met het *standstill*-beginsel dat vervat zit in artikel 23, derde lid 4 van de Gw.<sup>105</sup> Deze kritiek wordt door bepaalde rechtsleer gedeeld, waarbij wordt gesteld dat de omkering van de bewijslast – wanneer om een verzoek tot bijstelling van de vergunningsvoorwaarden wordt verzocht – niet verantwoord lijkt.<sup>106</sup>

De bijkomende garanties in de memorie van toelichting – waarbij de rol van flankerende maatregelen erg sterk in de verf werd gezet – konden niet verhinderen dat de regeling alsnog werd aangevochten bij het Grondwettelijk Hof.

Louter vanuit het perspectief van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn bekeken, lijkt het op zich niet problematisch om te werken met permanente vergunningen. Althans, zolang het mogelijk is om, voor zover nodig, in te grijpen op de exploitatie in functie van een eventuele verslechtering.<sup>107</sup> Zoals aangegeven, moet men garanderen dat de permanente beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 wordt toegepast ten overstaan van de in de toekomst *permanent* vergunde installaties.<sup>108</sup> Artikel 6, lid 2 geeft aan de lidstaten ook de mogelijkheid om verdere verslechtering te vermijden door een strikt toezicht op de vergunningsvoorwaarden.

96. *Aarhus implementation guide*, online editie, 2014, 199 e.v., [www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus\\_Implementation\\_Guide\\_interactive\\_eng.pdf](http://www.unece.org/fileadmin/DAM/env/pp/Publications/Aarhus_Implementation_Guide_interactive_eng.pdf) (consultatie 4 juni 2016).

97. Decr. VI. R. 25 april 2014 betreffende de omgevingsvergunning, *BS* 23 oktober 2014.

98. Art. 155 en 226 Omgevingsvergunningdecreet.

99. H. SCHOUKENS, "Echo's uit Luxemburg: *Food for thought* voor het Vlaamse omgevingsrecht?", *TMR* 2014, 7-8.

100. HvJ 17 maart 2011, nr. C-275/09, Brussels Hoofdstedelijk Gewest, § 22 tot en met 37. Zie tevens: HvJ 19 april 2012, nr. C-121/11, Pro-Braine ASBL, § 28-29.

101. H. SCHOUKENS, "Dynamiek binnen het natuurbehoudsrecht: van worst case scenario naar the best of both worlds?" in L. LAVRYSEN (ed.), P. DE SMEDT en H. SCHOUKENS, *Natuur, water en ondernemen. Kweeling of uitdaging?*, Brugge, die Keure, 2012, 106-107.

102. Uit de memorie van toelichting bij het Omgevingsdecreet blijkt dat de af-

schaffing van de MER-plicht duidelijk geïnspireerd is op de hoger weergegeven rechtspraak van het Hof van Justitie, *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2334/1, 115-116.

103. H. SCHOUKENS, "De recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Habitatrichtlijn: enkele nuttige lessen voor de toepassing van Natura 2000 in Vlaanderen", *TMR* 2011, 515.

104. *Ibid.*

105. Adv.RvS 53.889/AV/1 bij Ontwerpdecreet betreffende de omgevingsvergunning, 17 oktober 2013.

106. J. BOUCKAERT, B. SCHELSTRAETE en J. DUBRULLE, "Milieueffectbeoordeling in Vlaanderen (deel 2 project-MER)", *T.Gem.* 2015, 139-140. Zie ook in die zin: H. WOLDENDORP, "Het Vlaams decreet tot invoering van de permanente omgevingsvergunning: te beperkte natuurambities", *TOO* 2013, 290-304.

107. H. WOLDENDORP, "Het Vlaams decreet tot invoering van de permanente omgevingsvergunning: te beperkte natuurambities?", *TOO* 2013, 293-297.

108. Opmerkelijk genoeg stipte het Grondwettelijk Hof in zijn arrest van

In die zin lijkt de verwijzing van de decreetgever naar de flankerende maatregelen die mogelijk zijn onder het Omgevingsvergunningsdecreet – het bijstellen van de vergunningsvoorwaarden en de mogelijkheid tot het bijstellen van het voorwerp en de duur van de omgevingsvergunning – dus zeker niet naast de kwestie. Uiteraard voor zover dit in de praktijk ook effectief gebeurt wanneer nodig.

Het blijft in beginsel aan de lidstaat zelf om te beslissen welke maatregelen hij passend acht om met een verslechtering of verstoring om te gaan. Dit hoeft niet noodzakelijk via een specifiek herbeoordelingsmoment, zoals vroeger het geval was bij de hervergunning. Het is het resultaat dat telt. En hierbij bestaat nu net de vrees dat een *ex-post*-toezicht niet even effectief zal zijn als de voorafgaandelijke controle die vereist was in het kader van een hervergunningsscenario, waarbij de exploitant zelf dient te onderzoeken in welke mate de verderzetting van de betrokken activiteit nog aanvaardbaar is vanuit milieuoogpunt.

In het hangende beroep bij het Grondwettelijk Hof wordt ook gefocust op de specifieke omzettingsregeling die is voorzien teneinde bestaande milieuvergunningen om te zetten in permanente milieuvergunningen. Dit vindt van rechtswege plaats indien aan een viertal voorwaarden is voldaan. De bevoegde overheid neemt in dat geval binnen de acht maanden akte van de mededeling van omzetting. Deze akte geldt vervolgens als bewijs van de omzetting van de milieuvergunning van bepaalde duur naar een omgevingsvergunning van onbepaalde duur.

Hierbij dient onder meer te worden bekeken in welke mate de vraag tot omzetting een project-MER dan wel een passende beoordeling vereist. Dit is niet het geval wanneer er géén fysieke ingrepen in het natuurlijke milieu plaatsvinden. Echter, er is ook voorzien dat het Agentschap voor Natuur en Bos (ANB) ambtshalve of op gemotiveerd verzoek van het betrokken publiek, kan oordelen dat de oorspronkelijke vergunning onterecht niet was onderworpen aan een passende beoordeling, terwijl dit wel noodzakelijk was in het licht van de voorliggende feitelijke omstandigheden (risico op significante effecten). Indien in het kader van de milieuvergunning waarvan de omzetting wordt gevraagd, een passende beoordeling werd uitgevoerd of een advies van de administratie bevoegd voor natuurbehoud is verleend waaruit blijkt dat het uitvoeren van een passende beoordeling niet vereist was, dan moet luidens de tekst van het Omgevingsvergunningsdecreet worden aangenomen dat is voldaan aan artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn.

De vraag rijst nu of deze regeling nog stand kan houden in het licht van de recente rechtspraakontwikkelingen. Het is immers algemeen bekend dat de kwaliteit van heel wat passende beoordelingen uit de ‘beginjaren’ soms te wensen overliet. Het lijkt twijfelachtig of een onweerlegbaar vermoeden dat poneert dat elke passende beoordeling die eerder is uitgevoerd voldoet aan de kwaliteitsvereisten *ex artikel 6, lid 3* van de Habitatrichtlijn handhaafbaar is in het licht van de recente rechtspraakevoluties. In lijn met het arrest van 14 januari 2016 zal men alsnog een *ex-post*-beoordeling moeten uitvoeren wanneer zou blijken dat de passende beoordeling niet op adequate wijze is uitgevoerd. Nu geeft men wel aan het ANB en/of het betrokken publiek de mogelijkheid om een verzoek tot het uitvoeren van een passende beoordeling in te dienen tijdens het openbaar onderzoek. Maar dit lijkt enkel mogelijk mits eerder *geen* passende beoordeling is uitgevoerd. Onvolkomen uitgevoerde passende beoordelingen verdwijnen uit het vizier. Dit zou mogelijk als te beperkend kunnen worden ervaren aangezien onvolkomen beoordeelde projecten op die manier zouden worden ‘geregulariseerd’.

Uit het arrest van 14 januari 2016 lijkt dan ook te volgen dat een *ex-post*-beoordeling zich alsnog kan opdringen wanneer er een aannemelijk risico op verslechtering speelt en de bestaande activiteit eerder was onderworpen aan een onvolkomen passende beoordeling. Dit is al zeker het geval wanneer zich géén andere alternatieve maatregelen aandienen. Het is finaal aan de bevoegde overheid om aan te tonen dat zo’n risico op verslechtering zich niet zou voordoen. Indien zo’n *ex-post*-beoordeling zich opdringt, zal men daarbij niet zomaar abstractie kunnen maken van de effecten die voortvloeien uit de bestaande activiteiten en ook, in voorkomend geval, de stopzetting of afbraak van de bestaande inrichting als ‘passende maatregel’ moeten voorzien.

### 6.3. Naar een omvattende ingreepclausule ter implementatie van artikel 6, lid 2 Habitatrichtlijn?

Het mag duidelijk zijn dat de potentiële scope van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn erg ruim is. Zowel vergunningsplichtige als niet-vergunningsplichtige activiteiten die een verstoring of verslechtering kunnen veroorzaken, komen in het vizier. Dat het hierbij zou gaan om particuliere activiteiten speelt in beginsel géén rol. De verplichting van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn om maatregelen te treffen ter voorkoming van een verslechtering van Natura 2000-gebieden houdt ook in dat schadeveroorzakende handelin-

28 april 2016 expliciet aan dat “de tijdelijkheid van vergunningen (...) noodzakelijk (is) om de exploitatie aan de veranderlijke milieureisten van de overheid te kunnen aanpassen”. Zie overweging B.18.2 van het arrest nr. 57/2006 van het Grondwettelijk Hof van 28 april 2016.

gen van particulieren moeten worden verhinderd dan wel zo snel mogelijk worden gestopt.

Zoals hoger aangehaald, is artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn op zich reeds geïmplementeerd in artikel 36ter, § 2 van het Decreet Natuurbehoud. Van deze bepaling gaat echter weinig sturende werking uit, wat deels ook te wijten valt aan de enigszins ‘vage’ bewoordingen ervan. Ook zitten her en der in het Vlaamse omgevingsrecht nog bepalingen verscholen die een wel erg soepele aanpak vooropstellen aangaande de verderzetting van bepaalde schadelijke activiteiten, zoals bijvoorbeeld jacht en bestaande motorcross binnen Natura 2000-gebieden.<sup>109</sup>

Nu is het wel zo dat het milieuhygiënerecht, zelfs vóór de inwerkingtreding van het Omgevingsvergunning-decreet in 2017, een aantal clausules bevat die toelaten om in te grijpen op bestaande vergunde inrichtingen. Onder bepaalde voorwaarden kan een overheid immers ambtshalve of op verzoek van de adviesverlenende overheidsorganen, van de exploitatie en van de personen die hinder kunnen ondervinden, de opgelegde vergunningsvoorwaarden wijzigen (zie bv. Artikel 45 Vlare I). Ook kan men uiteraard binnen een handhavingscontext de sluiting van een inrichting of de stopzetting van een activiteit bevelen bij dreigend of ernstig gevaar voor de mens of het leefmilieu. Ook kan worden verwezen naar het Milieuschadedecreet op dit punt, hoewel dit minder inzetbaar lijkt voor een geleidelijke achteruitgang van habitats die niet kan worden gekoppeld aan een concreet incident. Deze instrumenten werden echter zelden toegepast in de context van een verslechtering die het gevolg is van een vergunde inrichting en zijn bovendien in grote mate beperkt tot vergunningsplichtige activiteiten. In de rechtspraak van de Raad van State vindt men enkel een geïsoleerd geval terug, een casus waarbij de vergunningsvoorwaarden voor de exploitatie van een graverij werden gewijzigd met het oog op het behoud van een rugstreeppaddenpopulatie. Die gebeurde op voordracht van het toenmalige Instituut voor Natuurbehoud.<sup>110</sup>

De aanwezigheid van een degelijk uitgewerkte ingreepclausule zou toelaten aan een overheid om schadelijke, eventueel niet-vergunningsplichtige handelingen (bv. recreatieve activiteiten) alsnog aan strikte voorwaarden te onderwerpen dan wel, in bepaalde omstandigheden, zelfs volledig te laten stopzetten. Men zou zich hierbij kunnen laten inspireren door de Nederlandse Natuurbeschermingswet 1998. Nu moeten we, zoals gezegd, niet zover gaan een algemene

vergunningsplicht te introduceren in het Decreet Natuurbehoud om tegemoet te komen aan de recente rechtspraakontwikkelingen omtrent artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn. Niettemin kan de ingreepregeling die is voorzien in artikel 19c van de Natuurbeschermingswet 1998, waarin aan de bevoegde overheid expliciet de bevoegdheid wordt gegeven om in te grijpen op bestaande activiteiten (‘bestaand gebruik’), de Vlaamse decreetgever aan het denken zetten.

Meer in het bijzonder voorziet de betrokken bepaling dat het bevoegd gezag degene die bestaand gebruik uitoefent waardoor de kwaliteit van de natuurlijke habitats en de habitats van soorten in een Natura 2000-gebied kan verslechteren of waardoor er storende factoren optreden die gelet op de instandhoudingsdoelstellingen een significant effect kunnen hebben op de soorten waarvoor het gebied is aangewezen, kan verplichten om binnen een door het bevoegd gezag te stellen termijn informatie te verstrekken over het gebruik, de nodige preventieve maatregelen of herstelmaatregelen te treffen of dat gebruik binnen een door het bevoegd gezag te stellen termijn te staken of te beperken.

Het gaat om een zogenaamde ‘aanschrijfbevoegdheid’, een expliciete stok achter de deur in geval van bijkomende verslechtering. Overigens, ook in de Wet Mariene Milieu zit een clausule vervat die erg goed aansluit bij de filosofie die verscholen zit achter de recente rechtspraakontwikkelingen met betrekking tot artikel 6, lid 2 van de Habitatrictlijn. Artikel 29 van de Wet Mariene Milieu maakt het immers expliciet mogelijk om reeds verleende vergunningen of machtigingen op te schorten of in te trekken indien uit het permanente milieuonderzoek zou blijken dat zich nieuwe nadelige gevolgen voor het leefmilieu hebben voorgedaan.

Met het wijzigingsdecreet van 9 mei 2014 heeft men geprobeerd tegemoet te komen op de bekende kritiek op dit punt. Men zet zwaar in op de managementplannen om de continue verslechtering in de Natura 2000-gebieden tegen te houden. Echter, er wordt aangegeven dat dwingende acties pas zullen worden overwogen wanneer de taakstellingen niet via vrijwillige acties kan worden gerealiseerd.<sup>111</sup> Het gaat dus in wezen om een uitzonderingsactie, zoals ook wordt bevestigd in de parlementaire voorbereiding.<sup>112</sup> Dit is op zich niet strijdig met artikel 6, lid 2, tenzij reeds snel duidelijk is dat de vrijwillige acties de bestaande verslechtering niet verhelpen en meer ingrijpende acties ten overstaan van bestaande activiteiten alsnog nood-

109. Zie meer uitgebreid omtrent de regeling van jacht en bestaande motorcrosscircuiten binnen Natura 2000-gebieden: H. SCHOUKENS, “De recente rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot de Habitatrictlijn: enkele nuttige lessen voor de toepassing van Natura 2000 in Vlaanderen”, *TMR* 2011, 518.

110. RvS 1 oktober 2009, nr. 196.541, nv Nelissen J. Bouw & Business.

111. J. BOUCKAERT & M. STRUBBE, “Wijzigingen aan het Decreet Natuurbehoud: een overzicht”, *MER* 2015, 298.

112. *Parl.St.* VI.Parl. 2013-14, nr. 2424/1, 52. Dit is eveneens bevestigd in artikel 8, lid 2 van het besluit van de Vlaamse Regering van 20 juni 2014 tot regeling van het Vlaamse Natura 2000-programma, de managementplannen Natura 2000, de zoekzones en actiegebieden voor de specifieke instandhoudingsdoelstellingen voor Europees te beschermen soorten en habitats (*BS* 15 oktober 2014).

zakelijk zouden blijken. Een praktijk waarbij noodzakelijke dwingende acties achterwege zouden blijven bij acute milieuschade lijkt niet aanvaardbaar in het licht van EU-recht.

In artikel 50octies, § 5 is, naar Nederlands voorbeeld, bovendien een bijzondere aanschrijfprocedure voorzien in het kader van dwingende acties die zouden worden opgelegd bij de verdere uitvoering van de managementplannen. Het ANB moet er zorg voor dragen dat de adressant van de maatregel met een aangekende brief op de hoogte wordt gebracht van de maatregel en, in voorkomend geval, van de termijn waarbinnen die moet worden uitgevoerd.

In het licht van de slechte milieutoestand van heel wat Natura 2000-gebieden kan men zich de vraag stellen of de sterke nadruk op vrijwilligheid wel gerechtvaardigd is. De terughoudendheid lijkt op een bepaalde manier begrijpelijk, maar in het licht van de bedenkelijke milieutoestand minder gewettigd. Artikel 50septies, § 2 van het Decreet Natuurbehoud stelt evenwel dat de opgemaakte Natura 2000-managementplannen echter niet verhinderen dat te allen tijde maatregelen moeten worden genomen ter uitvoering van artikel 36ter, § 2 Decreet Natuurbehoud in het bijzonder als dat noodzakelijk is om verslechtering van de natuurkwaliteit en het natuurlijk milieu van de Europees te beschermen habitats en soorten en hun leefgebied te vermijden of te beëindigen.

Hoewel het voorzien van deze algemene aanschrijfverplichting moet worden toegejuicht, was het, zoals hoger gesteld<sup>113</sup>, nog beter geweest om een uitdrukkelijke koppeling met een meer robuust uitgewerkte ingreepregeling ter uitvoering van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn.

Het blijft betreurenswaardig dat men heeft nagelaten om deze indirecte ingreepregeling niet meer op het voorplan te zetten als algemene interventieclausule, bijvoorbeeld door artikel 36ter, §2 Decreet Natuurbehoud in die zin te herformuleren. In het licht van de recente rechtspraakontwikkeling lijkt het wenselijk dat de decreetgever iets meer in detail aangeeft welke precieze acties het Agentschap van Natuur en Bos kan ondernemen bij bestaande activiteiten. Minstens is duidelijk dat men de bestaande ingreepregelingen met de nodige gestrengheid zal moeten toepassen wanneer er sprake is van een verslechtering. Niet noodzakelijk als laatste stok achter de deur, zoals nu de bedoeling lijkt, maar ook in een vroeger stadium.

## 6.4. 2004 als referentietoestand: historisch passief meenemen?

In paragraaf 58 van het arrest van 14 januari 2016 herhaalt het Hof van Justitie dat de beschermingsverplichting ingevolge artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn toepassing vindt vanaf het tijdstip van de opname van het gebied in de lijst met gebieden van communautair belang. Op dit punt zegt het Hof van Justitie niets nieuws: het had een en ander reeds uitgeklaard in de Spaanse *bruine beren*-zaak, waar het de datum van opname van een gebied in de lijst met communautaire gebieden als hakbijl hanteerde om na te gaan of een project alsnog onder de habitattoets uit artikel 6, lid 3 komt te vallen.<sup>114</sup>

In de Vlaamse context impliceert dit dat voor de toepassing van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn bij Natura 2000-gebieden die aangewezen zijn op basis van de Habitatrichtlijn 7 december 2004 als ‘cut off-point’ moet worden gebruikt. Voor de Natura 2000-gebieden die eerder in de jaren tachtig waren aangewezen, geldt nog een eerdere datum (bv. 1988 voor een groot deel van de vogelrichtlijngebieden). Vanaf dat moment was de Vlaamse overheid ertoe gehouden om een verdere verslechtering of verstoring te voorkomen.

Bij recentere besluitvormingsprocessen die gestoeld zijn op eerdere vergunningsbesluiten die dateren van na de referentiedatum zal bijgevolg ook rekening moeten worden gehouden met de verslechtering of verstoring die reeds heeft plaatsgevonden sinds die referentiedatum. Met andere woorden, wanneer zich bijvoorbeeld alsnog een *ex-post*-beoordeling zou opdringen, dan moet hierbij niet enkel worden gekeken naar de staat van instandhouding op het moment van de aanwijzing van het gebied in 2004. In dat geval zou men in Vlaanderen vaak tot de conclusie kunnen komen dat de toestand reeds ongunstig was en dat bijgevolg de bestaande activiteiten alsnog niet problematisch zijn aangezien het gebied eertijds toch reeds was aangewezen als een Natura 2000-gebied. Deze redenering is manifest foutief, temeer daar de Habitatrichtlijn net een duidelijke hersteldoelstelling omvat. Ook advocaat-generaal Sharpston had in paragraaf 68 van haar conclusie aangegeven dat de scope van de te nemen ‘passende maatregelen’ ingevolge artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn kan worden beïnvloed door de reeds bestaande verslechtering. Wanneer er specifieke hersteldoelen van toepassing zijn – bijvoorbeeld er moet meer heide worden aangelegd in een Natura 2000-gebied omwille van de ongunstige staat van instandhouding – dan spelen die uiteraard ook een rol bij de *ex-post*-beoordeling.<sup>115</sup>

Meer nog, bij zo’n *ex-post*-analyse zal men ook het

113. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, G. VAN HOORICK & A. CLIQUET, “Het vernieuwde Natuurdecreet: a Game Changer?”, *TOO* 2014, 494.

114. HvJ 24 november 2011, nr. C-404/09, Commissie/Spanje, § 125.

115. H. WOLDENDORP, “Een brug te veel?; Het Europese Hof over de gevolgen van de Waldenschlössenbrücke voor Natura 2000-gebied Elbtal (en omgekeerd)”, *BR* (ter publicatie).



kwaliteitsverlies in rekening dienen te brengen dat reeds heeft plaatsgevonden sinds de referentiedatum. In Vlaanderen zal dit bijvoorbeeld impliceren dat men bij de uitwerking van een Programmatische Aanpak Stikstof ook het zogenaamde 'historisch passief' in rekening zal dienen te brengen.<sup>116</sup> Met andere woorden, de mogelijke instandhoudingsmaatregelen die binnen zo'n PAS zouden worden uitgewerkt, moeten er evenzeer op gericht zijn het 'onwettige' kwaliteitsverlies dat ten gevolge van ongecontroleerde stikstofdepositie sinds 2004 heeft plaatsgevonden op de betrokken Natura 2000-gebieden in rekening te brengen.

Ook de tussentijdse verslechtingen moeten mee worden genomen. In het andere geval zou een lidstaat zijn eigen falend toezicht op bestaande stikstofdeposities kunnen 'regulariseren' zonder daarbij de tussentijdse geleden verliezen te compenseren.<sup>117</sup> Dit lijkt ook enigszins in lijn te liggen met de uitspraak van het Hof van Justitie in de Italiaanse *Cascina Tre Pini*-zaak uit 2014. Hier gaf het Hof van Justitie aan dat lidstaten pas gehouden zijn om de intrekking van de beschermde status van een gebied ('declassificatie') voor te stellen indien dit gebied, in weerwil van de naleving van de beschermingsverplichtingen uit artikel 6, leden 2 tot en met 4, onherroepelijk ongeschikt is geworden om de doelstellingen van de Habitatrichtlijn te rechtvaardigen. Een lidstaat die de voorbije jaren in een gebied een verslechting heeft toegestaan, kan dan ook niet zomaar het beschermingsregime opheffen. Lidstaten mogen immers géén 'voordeel' halen uit een falend instandhoudingsbeleid.<sup>118</sup> Slechte of gebrekkige handhaving van het verslechteringsverbod en/of de habitattoets bij nieuwe projectontwikkelingen kan dus niet indirect de aanleiding zijn voor de intrekking van het beschermd statuut van een Natura 2000-gebied. Het zou inderdaad onaanvaardbaar zijn dat een lidstaat voordeel haalt uit zijn eigen verzuim om het verslechteringsverbod in het verleden te handhaven.

## 6.5. Handhaaf het verslechteringsverbod bij de toepassing van de zoekzone

Het arrest van 14 januari 2016 heeft ook zijn belang voor de nieuwe instrumenten die van toepassing zijn binnen het Vlaamse natuurbehoudsrecht. In het toekomstige Vlaamse instandhoudingsbeleid zal het instrument van de 'zoekzone' een cruciale rol spelen. Met de afbakening van de zoekzones wordt duidelijk waarop men zich zal moeten focussen om de gunstige

staat van instandhouding te bereiken voor de betrokken habitats en soorten.

Snippers habitat die buiten de zoekzone liggen, en dus minder essentieel zijn voor het bereiken van de gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen voor een Natura 2000-gebied, zouden worden onderworpen aan een soepeler beoordelingsregime bij de toepassing van de habitattoets.

De zoekzone is een zone die wordt afgebakend in de eerste fase van de managementplannen en die per te beschermen soort en habitat de perimeter aangeeft die gevrijwaard wordt met het oog op het optimaal plaatsen van gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen per Natura 2000-gebied. De zoekzones worden afgebakend op basis van actuele en potentiële natuurwaarden die relevant zijn voor het behalen van de natuurdoelen.

De omvang van de zoekzone wordt bepaald door de oppervlakte die nog nodig is voor het realiseren van het openstaand saldo van de taakstelling voor de betrokken soort of habitat (ruimtelijke allocatie).<sup>119</sup> Op heden zijn slechts 'voorlopige' zoekzones afgebakend. Hoewel het slechts gaat om 'voorlopig afgebakende zoekzones' blijken zij – althans volgens de handleiding van het Agentschap voor Natuur en Bos – wél belangrijk bij de toepassing van de passende beoordeling.<sup>120</sup>

Maar ook hier speelt artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn een belangrijke rol. Zolang er onvoldoende oppervlakte onder beheer is, geldt voor alle habitat-snippers en leefgebieden een strikt toetsingscriterium: de te bereiken gunstige staat van instandhouding op lokaal niveau. Ook actueel habitat buiten de zoekzone moet worden behandeld alsof het essentieel is voor het bereiken van de gunstige staat van instandhouding op lokaal niveau.

Dit verandert echter wanneer er wel een voldoende oppervlakte vast onder beheer is (bv. via natuurbeheerplannen). In dat geval zal nog steeds een strikte toetsing dienen plaats te vinden voor de percelen die onder beheer staan. Bij deze terreinen moet worden nagegaan in welke mate de beoogde activiteiten het behalen van de gunstige staat van instandhouding hier in de weg kunnen staan. De zoekzone is ondertussen verdwenen (aangezien er voldoende oppervlakte on-

116. Omtrent de voorlopige aanzet tot een Vlaamse PAS, zie: J. BOUCKAERT & M. STRUBBE, "Wijzigingen aan het Decreet Natuurbehoud: een overzicht", *MER* 2015, 302-307.

117. Zie hierover meer uitgebreid: H. WOLDENDORP & H. SCHOUKENS, "De programmatische aanpak stikstof (PAS) in Nederland als inspiratiebron voor Vlaanderen: pas op de plaats of stap vooruit?", *TOO* 2015, 340-341.

118. HvJ 3 april 2014, nr. C-301/12, *Cascina Tre Pini*, § 32 tot en met 36.

119. Zie ook de definitie van het begrip 'zoekzone' in artikel 2, 70 van het Decreet Natuurbehoud. Zie ook: J. BOUCKAERT & M. STRUBBE, "Wijzigingen aan het Decreet Natuurbehoud: een overzicht", *MER* 2015, 298-302.

120. In de voorliggende handleiding kan men het volgende lezen: "Omdat de zoekzones een belangrijk instrument en hulpmiddel zijn voor wat betreft

de realisatie van de Europese natuurdoelen wordt in afwachting van de managementplannen Natura 2000 versie 1.1 gewerkt met zogenaamde voorlopige zoekzones. Begin 2015 werd een eerste kaart met voorlopige zoekzones gemaakt (voorlopige zoekzones 'versie 1'). Deze eerste versie is gebruikt voor de opmaak van de 'PAS brieven' en in het kader van de Passende Beoordeling. Inmiddels is het zoekzonemodel (ZZM) opgesteld en zijn er voorlopige zoekzones 'versie 2' met behulp van dit model gegenereerd. Sinds eind september 2015 bestaat deze nieuwe versie. Deze wordt toegepast voor de Passende Beoordeling en in het kader van het herstructureringsbeleid PAS voor de 'rode bedrijven'. Zie: [https://natura2000-prd-477218783059.s3-eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/20151214\\_handleiding\\_zoekzones\\_def.pdf](https://natura2000-prd-477218783059.s3-eu-west-1.amazonaws.com/s3fs-public/20151214_handleiding_zoekzones_def.pdf) (consultatie 4 juni 2016).

der beheer is voor het bereiken van de gebiedsspecifieke instandhoudingsdoelstellingen voor het betrokken habitatype). Voor actueel habitat buiten de zoekzone geldt nu een *standstill*-verplichting. Wanneer de lokale gunstige staat van instandhouding is bereikt, speelt deze *standstill*-verplichting ook voor de terreinen die onder beheer staan. Dit betekent dat bij de toetsing van activiteiten zal worden bekeken of de grenswaarden voor het behoud van de gunstige staat van instandhouding worden gerespecteerd. Men lijkt binnen de voor handen zijnde praktische wegwijzers in dat geval aan te geven dat voor de snippers habitat die buiten de zoekzone liggen een achteruitgang mogelijk is, voor zover dit niet essentieel zou zijn voor het behalen van de lokale staat van instandhouding.<sup>121</sup>

Het oogt allemaal erg ingewikkeld. En dat is het wellicht ook. Maar met de strikte visie van het Hof van Justitie uit het arrest van 14 januari 2016 in het achterhoofd zal het zaak zijn het verslechteringsverbod, al zeker binnen de eerste stappen van het instandhoudingsbeleid, strikt te handhaven. Het verslechteringsverbod vormt immers een permanente verplichting. Men zal er dan ook goed over moeten waken dat men bij de uitvoering van het instandhoudingsbeleid niet al te snel bepaalde zones die niet zijn gelegen binnen een zoekzone definitief opgeeft zonder dat reeds de zekerheid voorligt dat het instandhoudingsbeheer binnen de aangeduide zoekzones vruchten afwerpt. Meer nog, indien men al te voortvarend te werk zou gaan bij het verlenen van vergunningen zou de wettigheid van dergelijke vergunningen wel, bij blijvende verslechtering, problematisch kunnen worden in het licht van artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn.

## 6.6. Economische criteria zijn niet doorslaggevend bij een alternatievenafweging

Het belang van het arrest van 14 januari 2016 overstijgt op zich de specifieke context van het verslechteringsverbod. Het is immers de eerste keer dat het Hof van Justitie zich zo expliciet uitspreekt over het gebruik van economische argumenten, zoals de meerkosten van alternatieven, in de context van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn.

Ook ligt er bij mijn weten nog géén specifieke rechtspraak voor van het Hof van Justitie waarin in detail wordt ingegaan op de manier waarop men moet omgaan met de aanwezigheid van een mogelijk onwettige bestaande constructie in het licht van een alternatievenafweging. Uit een arrest uit 2013 kan men afleiden dat de Raad van State van oordeel is dat een onderzoek naar de locatiealternatieven zich niet

steeds opdringt in het kader van de hernieuwing van een milieuvergunning. Al zeker niet wanneer in het verleden reeds een dergelijk onderzoek heeft plaatsgevonden waarbij gebleken is dat er geen locatiealternatieven zijn en de omstandigheden sedertdien niet substantieel gewijzigd zijn.<sup>122</sup>

In zijn rechtspraak stelde de Raad van State zich bij het beoordelen van een alternatievenafweging in het licht van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn erg terughoudend op. Uit een arrest van 11 maart 2009 blijkt dat de Raad van State van oordeel is dat enkel realistische alternatieven moeten worden meegenomen in de alternatievenafweging, hetgeen in lijn ligt met zijn algemene rechtspraak inzake alternatievenbeoordeling bij plan- en project-MER.<sup>123</sup>

Weinig onderbouwde beleidsalternatieven kunnen de wettelijkheid van een alternatievenafweging niet op de helling zetten. Uit een arrest van 16 maart 2010 blijkt bovendien dat bepaalde alternatieven mogen worden verworpen indien zou blijken dat ze een te grote impact op de bestaande bewoning zouden hebben.<sup>124</sup> Verder lijkt de Raad van State niet zomaar te aanvaarden dat eender welk in de inspraak opgeworpen alternatief moet worden meegenomen in het alternatievenonderzoek.<sup>125</sup>

Uit zijn rechtspraak omtrent de alternatievenafweging in het kader van milieueffectrapportage kon evenzeer worden afgeleid dat de Raad van State zich tot voor kort niet overdreven strikt opstelt. In zijn arresten omtrent de Oosterweelverbinding stipte de Raad van State nog aan dat een evenwicht moet worden gevonden tussen de belangen van de initiatiefnemer, aan wie geen onuitvoerbaar eisen inzake het te verrichten studiewerk mogen worden opgelegd, enerzijds, en dat van het milieu, op grond waarvan kan worden verwacht dat de initiatiefnemer voldoende ernstige alternatieven voorstelt en onderzoekt, anderzijds. De economische meerkosten van een tunnelalternatief leken minstens impliciet te worden aanvaard als motief om dit alternatief eertijds niet verder te bestuderen.<sup>126</sup>

Nochtans was reeds aangestipt dat, al zeker in de context van een Natura 2000-gebied, economische criteria niet doorslaggevend kunnen zijn bij de alternatievenafweging. Ook de Europese Commissie lijkt de mening toegedaan dat de maatstaven die worden gebruikt bij het vergelijken van de alternatieve oplossingen, enkel betrekking kunnen hebben op de instandhouding van het gebied en de handhaving van de natuurlijke kenmerken en ecologische functies ervan. In deze fase van de afwijkingsprocedure mogen m.a.w. economische criteria niet de doorslag geven boven

121. Zie meer uitgebreid: H. SCHOUKENS, G. VAN HOORICK & A. CLIQUET, "Het vernieuwde Natuurdecreet: a Game Changer?", *TOO* 2014, 497-500.

122. RvS 17 september 2013, nr. 224.669, Van Den Audenaerde.

123. RvS 11 maart 2009, nr. 191.265, vzw Natuurpunt Wase Linkerscheldeover.

124. RvS 16 maart 2010, nr. 201.909, Schramme.

125. RvS 16 maart 2010, nr. 201.908, Tavernier.

126. RvS 10 februari 2010, nr. 200.738, bvba Pomphuis; RvS 6 juli 2007, nr. 73.287, bvba Pomphuis.

ecologische criteria.<sup>127</sup> In beginsel zullen dus ook alternatieven die financiële meerkosten impliceren, moeten worden weerhouden in de afweging *ex artikel 6, lid 4* van de Habitatrichtlijn.

Dit laatste lijkt nu ook expliciet te worden bevestigd door het Hof van Justitie in zijn arrest van 14 januari 2016: de instandhouding van het Natura 2000-gebied primeert en economische criteria kunnen in beginsel niet worden gehanteerd om bepaalde alternatieven uit de scope van het alternatievenonderzoek te houden. Deze vormen van ‘trechtering’ lijken niet in lijn te liggen met de doelstelling van de Habitatrichtlijn. Dat het betrokken alternatief erg kostelijk zou zijn, is niet dienstig als argument om de scope van de alternatievenafweging in te perken. Kostenbesparing is op zich dus niet op zijn plaats als overweging binnen een alternatievenafweging in het kader van een Natura 2000-gebied.

Economische motieven kunnen niet als onwrikbaar uitgangspunt worden gehanteerd wanneer er een Natura 2000-gebied zal worden aangetast. En ook bestaande toestanden, voor zover niet eerder adequaat beoordeeld in het licht van artikel 6, lid 3 van de Habitatrichtlijn, zijn niet onaantastbaar in het kader van een alternatievenafweging. Dit impliceert dat evenzeer een scenario waarin bijkomende beperkingen aan het gebruik van een bestaande constructie of zelfs een afbraakhypothese diende te worden meegenomen bij de alternatieventoets.

Hiermee is niet gezegd dat de finale keuze bij de toepassing van artikel 6, lid 4 dwingend dient te vallen op het alternatief dat het betrokken gebied het minst aantast. De keuze dient veeleer te geschieden op basis van een afweging van de speciale beschermingszone en de desbetreffende dwingende redenen van groot openbaar belang.<sup>128</sup> Maar men zal dan goed moeten motiveren waarom de ingeroepen dwingende redenen van groot openbaar belang alsnog de verdere aantasting van een Natura 2000-gebied rechtvaardigen. Immers, het *behoud* van het Natura 2000-gebied vormt de eerste en meest belangrijke overweging bij het uitvoeren van een alternatievenafweging binnen de context van artikel 6, lid 4 van de Habitatrichtlijn. Deze benadering lijkt erg strikt, maar is cruciaal om verder nettoverlies in een Natura 2000-context te vermijden. Bovendien heeft de Raad van State de voorbije jaren in het kader van zijn rechtspraak omtrent milieueffect-rapportage aangegeven dat het strikt toeziet op de ‘trechtering’ bij een alternatievenafweging. Dit om te vermijden dat economische belangen het steeds zouden halen van milieugerelateerde overwegingen, zoals

bijvoorbeeld het behoud van een Natura 2000-gebied.<sup>129</sup>

## 7. Besluit

Met zijn arrest van 14 januari 2016 in het dispuut omtrent de *Waldschlössenbrücke* maakt het Hof van Justitie duidelijk dat de algemene beschermingsverplichting uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn géén vodge papier betreft.

Meer nog, in lijn met zijn eerdere rechtspraakontwikkelingen, onderlijnt het Hof van Justitie dat artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn in bepaalde gevallen zelfs kan leiden tot een *ex-post*-beoordeling van reeds vergunde en gebouwde constructies. Bij het uitvoeren van de beoordeling moet zelfs ook rekening worden gehouden met de verslechtering die uitgaat van bestaande inrichtingen, al zeker wanneer deze eerder onterecht niet adequaat zijn beoordeeld in het licht van de doelstelling van de Habitatrichtlijn. Het vormt een sterke rem op een ‘politiek van voldongen feiten’.

Hiermee is echter niet gezegd dat de *Waldschlössenbrücke* – net als andere niet-correct beoordeelde projecten – uiteindelijk afgebroken zal moeten worden. Dit zal alleen het geval dienen te zijn wanneer de eerder uitgevoerde effectenbeoordeling niet voldoet én een nieuwe *ex-post*-beoordeling aantoonde dat dit het meest verkieslijke scenario is vanuit het oogpunt van de instandhouding van het gebied. Bovendien zouden binnen zo’n scenario géén andere dwingende redenen van groot openbaar belang bestaan die de bestendinging van de brug zouden kunnen rechtvaardigen. Een strikte motiveringsplicht lijkt zich aan te dienen.

Dat het onwaarschijnlijk mag lijken dat uiteindelijk wordt besloten tot de afbraak van de brug, doet géén afbreuk aan het belangrijke precedentenkenmerk van de zaak, ook voor Vlaanderen. Het is immers bekend dat de inhoudelijke kwaliteit van heel wat passende beoordelingen uit de ‘beginjaren’ erg pover was. In vele gevallen vond er vaak zelfs géén passende beoordeling plaats voor schadelijke ingrepen. En verslechtering is in Vlaanderen jammer genoeg géén louter theoretisch gegeven. De cumulatieve milieudrukken maken dat de meerderheid van de te beschermen habitats zich in een ongunstige staat van instandhouding bevindt.

Het arrest van 14 januari 2016 toont aan dat bij het vergunnen van bestaande inrichtingen niet zonder meer kan worden vertrokken van een bestaande toe-

127. EUROPESE COMMISSIE, *Richt snoeren bij de toepassing van artikel 6, lid 4 Habitatrichtlijn* (Richtlijn 92/43/EEG), 2007/2012, 6-7.

128. Concl. Adv. Gen. KOKOTT 23 februari 2006, nr. C-191/05, Commissie/Portugal, § 44.

129. Zie bv. RvS 12 november 2013, nr. 225.449, Decorte. Zie ook meer recent:

RvS 10 februari 2015, nr. 230.148, Notredame. Voor een recent strikte interpretatie van de verplichting tot het uitvoeren van een alternatievenafweging in het kader van een plan-MER, zie: RvS 7 december 2015, nr. 233.147, X.

stand die op basis van onwettige of onvolkomen effectenrapporten of vergunningen tot stand is gekomen. Ook het betonnen van niet-correct beoordeelde inrichtingen in definitieve omgevingsvergunningen, iets waar we in de toekomst naar toe lijken te gaan, lijkt plots minder evident. *In globo* is er beduidend minder ruimte voor een ‘*politiek van de voldongen feiten*’, waarbij een verdere verslechtering van een beschermd Natura 2000-gebied wordt gerechtvaardigd met verwijzing naar eerder verleende vergunningen. Rechtsherstel en ecologisch herstel lijken mekaar niet langer uit te sluiten.

Maar de relevantie van de uitspraak gaat verder. Ook bij de opmaak van milieueffectenrapporten denkt men

het best twee keer na vooraleer men de scope van een alternatieventoets al te zeer inperkt met doorverwijzing naar louter economische motieven.

Afwachten of men in Vlaanderen ook het verslechtingsverbod uit artikel 6, lid 2 van de Habitatrichtlijn eindelijk naar waarde zal schatten. Het belooft zeker géén eenvoudige oefening te worden, temeer daar er wellicht ook moet voorzien worden in de nodige economische compensaties wanneer men ingrijpt op bestaande activiteiten in functie van natuurbehoud. Maar het vermijden van een verdere verslechtering lijkt de eerste logische halte op de moeizame weg richting het behalen van de Europese natuurdoelen in Vlaanderen.